Ueber die

historische Entwickelung

des

Systems und des Charakters

des deutschen Rechts

vorzugsweise des Privatrechts.

Von

Dr. Viktor Platner,

Privatdocenten zu Marburg.

Zweiter Band.

Marburg.

Elwert'sche Universitäts-Buchhandlung.

1854.

Zweiter Band.

Allgemeine Rechtslehren.

Vorrede.

Wenn bereits der fragmentarische, dürftige und zusammengedrängte Inhalt der einzelnen Volksrechte in sehr hohem Grad den Versuch erschwerte, aus der blosen Reihenfolge der einzelnen Titel eine Art von System zu begründen, so gilt dieses in einem noch weit höheren Grad von denjenigen Rechtsquellen, die nach der Aufzeichnung der Volksrechte bis zur allgemeinen Aufnahme des Römischen Rechts in Deutschland entstehen. Denn bei ihrem so bedeutenden Unterschied in der Entstehung und Anordnung, bei ihrer bald in sehr geringem, bald in sehr hohem Grad umfaßenden Darstellung der einzelnen Rechtsmaterien ist es natürlich unmöglich, aus ihrer blosen Reihenfolge ein System aufzubauen. Denn selbst die bei dem größten Theil der Volksrechte vorhandne Aehnlichkeit der Entstehung und des Inhalts kommt nur vor bei einzelnen Hauptabtheilungen dieser späteren, in so verschiednen Zeiten entstandnen und für so verschiedne Kreise gebildeten Rechtsquellen.

Dagegen scheint aber nicht nur die Möglichkeit gegeben zu sein, aus ihrem so reichen Inhalt einen wißenschaftlich geordneten Plan für die Begründung eines Systems zu gewinnen, was im Verhältniß zu dem der Volksrechte sich durch Vollständigkeit auszeichnet, sondern sich auch die Gelegenheit darzubieten, die einzelnen Rechtslehren nach ihrer historischen Entwickelung genau und klar darzustellen.

Vor allen scheinen die allgemeinen Rechtslehren einer umfaßenden und geordneten Darstellung zu bedürfen. Denn sie sind bis jetzt selbst von den eifrigsten Germanisten, wenn nicht gänzlich vernachläßigt, so doch weniger beachtet worden, als ihnen gebührte. Denn die Deutschen Rechtslehrer haben häufig diese allgemeinen Lehren übergangen, oder wenn sie dieselben einer Erörterung würdigten, so ist diese bald nur kurz und oberflächlich, bald nur auf einzelne Lehren tiefer eingehend, ohne zu erläutern, ob die Grundsätze dieser allgemeinen Rechtslehren unter sich in Verbindung stehen und von gewißen Grundideen durchgängig beherrscht und geleitet werden oder nicht. Mit einer solchen Vernachläßigung steht nun auch in enger Verbindung, daß selbst diejenigen Germanisten, welche sonst bezüglich einzelner Lehren mit allem Aufwand von Gelehrsamkeit, Scharfsinn und Sprachgewandtheit das angeborene Deutsche Recht erläutert und verfochten haben, häufig in Bezug auf allgemeine Rechtslehren den Römischen Rechtsgrundsätzen allgemeine Gültigkeit einräumen, ohne irgend welchen Wi-

derstand zu versuchen, und ohne bestimmter anzugeben, aus welchen inneren und äußeren Gründen hier das Deutsche Recht dem Römischen weichen müße.

Die eifrigsten Parteihäupter der Germanisten sind häufig der Ansicht, daß zur Zeit der Aufnahme des Römischen Rechts die meisten allgemeinen Rechtslehren zu wenig Ausbildung gehabt hätten, um eine Selbstständigkeit gegenüber dem Römischen Recht zu behaupten. Auch wären die Römischen allgemeinen Rechtslehren meistens von der Art, daß sie überall gleichmäßig annehmbar wären, ohne das nationale Rechtsbewußtsein tiefer zu verletzen, und auf die einzelnen Rechtsinstitute nachhaltig einzuwirken.

Wenn also selbst Germanisten, in Bezug auf allgemeine Lehren, den Nutzen und die Anwendung des Römischen Rechts in vielen Punkten ohne viele Schwierigkeiten zugeben, um so mehr mußten wahrlich die Romanisten diese Ansicht annehmen, da sie aus inneren tiefer liegenden Gründen die Aufnahme des Römischen Rechts überhaupt für gerechtfertigt hielten. Denn nach ihrer Ansicht ist ja bekanntlich das Römische Recht vermöge seiner vollendeten Ausbildung eine Art von Weltrecht, welches das Deutsche Volk ohne seine nationale Rechtsanschauung von Grund aus zu zerstören, mit vollem Grund aufnehmen konnte. Und wie das Deutsche Volk die Aufgabe hat, die antike Welt in Bezug auf Kunst, Poesie und Wißenschaft überhaupt in sich aufzunehmen und sie nach seinem Geist organisch fortzuentwickeln, so

auch ist ihm diese Aufgabe in Bezug auf das Römische Privatrecht beschieden. Als Hauptrechtfertigungsgrund für die Aufnahme des Römischen Rechts nehmen sie an, daß das ältere Deutsche Recht den veränderten Lebensverhältnissen nicht mehr entsprochen hätte. Die Beantwortung der Frage, ob überhaupt das ältere Deutsche Recht vor dieser Aufnahme organisch entwickelt war, namentlich in Bezug auf diejenigen Rechtsinstitute, für welche das Römische Recht Geltung erlangte, überlaßen sie natürlich den Germanisten, von denen ja bekanntlich Einer in der allerneuesten Zeit dem älteren Deutschen Recht jede Fähigkeit, sich selbständig organisch fortzuentwickeln, abgesprochen hat. Die Germanisten haben also, um den Kampf zwischen Germanisten und Romanisten auf seinen Ausgangspunkt zurückzuführen und eine friedliche, wißenschaftliche Lösung dieses so hartnäckigen Streites anzubahnen, vor allem die Aufgabe, genau und scharf darzustellen, auf welchem Standpunkt der historischen organischen Entwickelung sich die durch das Römische Recht angeblich verdrängten Rechtsinstitute vor ihrer Beseitigung befanden. Erst nach Lösung dieser Aufgabe haben sie die neben- und durcheinander laufenden Schicksale des Deutschen und Römischen Rechts seit seiner allgemeinen Aufnahme in Deutschland zu erörtern und eine Verschmelzung des Römischen Weltgeistes mit der specifisch germanischen Natur in eine höhere Rechtseinheit zu versuchen.

Aus diesen Gründen scheint nun auch der Versuch

gerechtfertigt zu sein, die allgemeinen Rechtslehren wo möglich nach ihrem Zusammenhang in derjenigen Lage darzustellen, welche sie vor der Aufnahme des Römischen Rechts einnahmen. Denn diese allgemeinen Rechtslehren sind keine Bastarde oder Fremdlinge des Deutschen Rechts, sondern sie tragen ebensogut, wie die einzelnen speciellen Rechtsinstitnte, das Gepräge ihrer Deutsch rechtlichen Abstammung, und sie verleugnen nicht in ihrer Erscheinung ihre nationale Bildung. Denn ihnen diese Eigenschaft abstreiten zu wollen, enthielte nichts anders als die Behauptung, daß das Deutsche Recht vor Aufnahme des Römischen entweder keine allgemeinen Lehren besaß, oder ein jus gentium kannte, dem sie entnommen wurden [1].

Nach ausführlicher Darstellung der allgemeinen Rechtslehren in der älteren Zeit kann denn auch ihr Verhältniß zu den später aufgenommenen Römischen Rechtsgrundsätzen entschieden werden. Sind die älteren Deutschen allgemeinen Rechtslehren sehr wenig entwickelt und einer weiteren Fortbildung unfähig gewesen, so hat sie das Römische Recht mit Grund verdrängt und ihre Stelle eingenommen. Befanden sie sich dagegen auf einer

1) Wenn man eine Art von jus gentium annehmen will, so könnten solches vielleicht die Grundsätze sein, die aus dem geistlichen Recht und aus den christlichen Grundsätzen in das Deutsche Recht übergingen, sonst aber scheinen keine oder nur sehr wenige Spuren von dem Recht anderer nicht mit den Deutschen durch Stammesverwandtschaft verbundner Völker vorhanden zu sein. Allerdings ist es eine nicht uninteressante Rechtsfrage, nachzuforschen, welche Spuren von Slavischem oder Celtischem Recht sich im älteren Deutschen Recht vorfinden.

ziemlich hohen Entwickelungsstufe, so kann die Annahme des Römischen Rechts verschiedenartig eingewirkt haben. Denn entweder hat dasselbe die nationale naturgemäße Rechtsentwickelung durch Einführung fremder Rechtsanschauungen unterbrochen und unterdrückt, oder das Römische Recht hat sich in vielen Beziehungen an den ursprünglichen Entwickelungsgang des Deutschen Rechts der Art angeschloßen, daß die Römischen Bestimmungen eine weitere folgerichtige Entwickelung der bereits in höherem oder nur in geringerem Grad schon ausgebildeten älteren Deutschen Rechtselemente enthalten. Besteht eine solche organische Vereinigung von Römischem und Deutschem Recht, dann ist das Römische Recht in dieser Beziehung nur dem Namen nach Römisches Recht, dem Wesen aber und dem Geist nach Deutsches. Denn das Deutsche Recht würde im Lauf seiner Entwickelung auch ohne Annahme des Römischen deßen Grundsätze angenommen haben. Die Aufnahme des Römischen Rechts erschiene dann bezüglich solcher Verhältnisse nicht allein als eine schmachvolle Erniedrigung des nationalen Rechts, als ein entehrendes Zeugniß von der so geringen schöpferischen Kraft des Deutschen Rechtsbewußtseins, sondern als ein wesentliches Förderungsmittel der nationalen Rechtsbildung. Das Römische Recht diente dann zugleich dem Deutschen Recht, welches bei den so zahlreichen verschiednen Rechtskreisen und bei dem so fühlbaren Mangel einer centralisirenden rechtlichen Gewalt in manchen Punkten sich zu zersplittern und zu weit auseinander zu gehen drohte,

als feste Stütze und als allgemeiner Vereinigungspunkt. Das Römische Recht zeigte dann in vielen Verhältnissen dem Deutschen Recht das Ziel, welches dasselbe einstweilen zu erreichen hatte, bis daß sein Fortschritt auch selbst über dieses Ziel, wie z. B. im Handelsrecht, hinausgeht. Selbst die Romanisten als so eifrige Vertheidiger der historischen Rechtsentwickelung müßen wünschen, daß das Deutsche Recht bei der Aufnahme des Römischen Rechts sich auf der Stufe der Rechtsentwickelung befand, wo das Römische Recht in vielen Fällen als eine naturgemäße Frucht der Deutschen Rechtsentwickelung gelten konnte. Denn sie werden doch im Interesse ihrer Wißenschaft und ihres Vaterlandes nicht wünschen wollen, daß ein so organisch entwickeltes Recht, wie das Römische, auf ein nur dürftig und kümmerlich entwickeltes Recht gesetzt und von einem Volk angenommen wurde, das doch gerade auch durch seine Verarbeitung des Römischen Rechtsstoffes gezeigt hat und noch zeigen wird, welche rechtsumbildende Kraft in ihm liegt.

Die so sehr vernachläßigten und unter der reichen Fülle von einzelnen Fällen und Rechtsinstituten verborgen liegenden allgemeinen Rechtslehren sind nun gerade wegen ihrer allgemeinen Natur und wegen ihrer Abgeschloßenheit von einem einzelnen besonderen Rechtsinstitut am allergeeignetsten, die tiefere, innere, naturgemäße Verbindung und Fortbildung zwischen dem früheren mittelalterlichen, dem Römischen und dem jetzigen modernen Recht nachzuweisen. Nach einem solchen Beweis kann natürlich auch der Vorwurf nicht gelten, daß man sich

in die Anschauung mittelalterlicher Gebilde vertiefe und sich mit Rechtsformen beschäftige, die längst zum großen Theil abgestorben und in Staub zerfallen sind. Denn wenn auch die Form verloren gegangen ist, so ist doch die den allgemeinen Lehren zu Grunde liegende oder auch nur in ihrer Spitze angedeutete Idee weiter entwickelt und fortgebildet worden. Die Darstellung solcher Lehren trägt mit dazu bei, die Hauptaufgabe unserer jetzigen Jurisprudenz, die Verbindung des praktischen modernen Rechts mit dem Römischen und mit dem mittelalterlichen Deutschen Recht, auf eine befriedigende Weise zu lösen. Mit der Fülle von Verehrung und Energie, mit der man sich in die reichen vaterländischen Schätze des mittelalterlichen Rechts zu vertiefen und die Seele in deßen Anschauungen einzutauchen hat, mit demselben Maß von Liebe und Kraft hat man sich des antiken Geistes und der folgerichtig fortgebildeten Entwickelung des Römischen Rechts zu bemächtigen, mit demselben Umfang von Begeisterung und Ausdauer sich an der Ausarbeitung des praktischen und modernen Rechtslebens zu betheiligen.

Diese Auffaßung von der Annahme des Römischen Rechts schließt natürlich nicht den Satz aus, daß auf ein so wichtiges Ereigniß, wie überhaupt auf Ereignisse, die einen bedeutend geistigen Einfluß auf ein Volk äußern, auch äußere Ursachen mit einwirkten. Zugleich verkennt man auch nicht, daß das Römische Recht in vielen Punkten plötzlich in das Deutsche Recht eindrang, ehe das-

selbe vollständig genug ausgebildet war, um energischen Widerstand zu leisten, und ebensowenig übersieht man, daß man sich oft im Enthusiasmus für Römisches Recht überstürzte, und dasselbe gewaltsam und naturwidrig da aufpfropfte, wo dasselbe gar nicht hingehörte, oder sich erst nach Verlauf längerer Zeit als Frucht einer ruhigen ungestörten Rechtsentwickelung, wenn auch nicht der Form, doch dem Wesen nach, von selbst ergeben hätte. Nichts ist in dieser Beziehung schmerzlicher, als den sich hinziehenden Todeskampf einzelner Deutscher Rechtslehren zu beobachten, Nichts für das Nationalgefühl schmachvoller, als zu sehen, daß man das Ehrende verkannte, was einem jeden Volk als Besitzer eines eigenen Rechts gebürt. —

Für die Auffaßung und Darstellung der allgemeinen Rechtslehren sind nun folgende Eigenschaften des älteren Deutschen Rechts von sehr großem Einfluß. Während im Römischen Recht mit Ausschluß des Familienrechts bei den Rechtsverhältnissen, namentlich bei dem Obligationsrecht, die Herrschaft des Rechtsgesetzes vollständig durchgeführt wird, ohne viel die sittliche oder unsittliche Ausübung des Rechts zu berücksichtigen, ist im Deutschen Recht dieser Unterschied zwischen Natur-, Sitten- und Rechtsgesetz nicht in solchem Grad vorhanden, sondern bei den Rechtsverhältnissen wird zugleich Natur- und Sittengesetz berücksichtigt. Nur darf man sich unter Sittengesetz nicht ein abstraktes System von allgemeinen, menschlichen, sittlichen Vorschriften denken, sondern das-

selbe enthält die aus nationaler Sitte hervorgegangenen Sittenregeln. Als höchstes Sittengesetz gelten freilich die Vorschriften der christlichen Religion, aber wenn auch die Geistlichkeit sich bemühte, nach ihren Anschauungen diese Vorschriften als höchstes Recht beim Volk einzuführen, so hat das Volk sie doch nur in dem Fall angenommen, wo sie den volksthümlichen Anschauungen entsprachen [1]).

Da also im älteren Deutschen Recht Natur-, Sitten- und Rechtsgesetz nicht von einander getrennt werden, so folgt auch, daß die persönliche Individualität der einzelnen Rechtssubjecte nicht unter dem allgemeinen Begriff von Vermögen verschwindet. Denn das Vermögen erscheint ja hauptsächlich als dasjenige, was seiner materiellen Natur nach sich am besten zur ausschließlichen Herrschaft des Rechtsgesetzes eignet, und zu dem sich der Vermögenshaber nur als eine vorübergehende Erscheinung verhält. Im Deutschen Recht dagegen erscheint der Mensch als Substanz, das Vermögen wenn auch nicht als reine Accidenz, welches den Zweck hat, die Freiheit des Menschen zu erweitern, doch nicht über den Menschen sondern höchstens ihm gleich gestellt. Nicht ohne tiefe Bedeutung für diese Ansicht ist die Bestimmung, daß die Were des Freien an Werth seinem Wergeld gleichsteht; das Vermögen gilt soviel wie die Person, die Person soviel wie das Vermögen. Diese innige Verbindung des Rechts

1) Vergl. auch den §. I. über Ursprung und Eintheilung des Rechts.

mit der gesammten Persönlichkeit verleiht dem Deutschen Recht einen lebendigen und confreten Charakter, welcher allerdings zugleich im Gegensatz zum Römischen Recht seine streng wißenschaftliche Trennung in Personen=, Sachen= und Familienrecht sehr erschwert. Ueberhaupt scheint bei Darstellung des Kampfes zwischen Römischem nnd Deutschem Recht die Hauptaufgabe die zu sein, klar und bestimmt zu veranschaulichen, wie das Römische Recht, unstreitig wegen seines egoistischen Charakters das großartigste Muster eines Vermögensrechts, durch Einführung der rein vermögensrechtlichen Berechtigung die strafrechtlichen und öffentlichen Beziehungen im Deutschen Privatrecht zu verdrängen sucht.

Aus dieser Vereinigung von Natur=, Rechts= und Sittengesetz, aus dieser Rücksicht auf die Individualität der Rechtssubjecte ergiebt sich denn auch die Einwirkung strafrechtlicher Bestimmungen auf das ältere Deutsche Privatrecht. Da das Strafrecht vorzugsweise dasjenige Recht ist, was seinem Zweck nach am meisten das Sittengesetz berücksichtigt.

Die inneren Beweggründe zu den einzelnen privatrechtlichen Handlungen, welche im Römischen Privatrecht unter der vermögensrechtlichen Auffaßung fast verschwinden, werden daher im Deutschen Recht für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse einflußreicher sein [1].

---

1) Wie z. B. bei der Lehre vom Ersatz der Verwendungen, der Früchte, von der Gewalt, von dem Irrthum.

Ferner erklärt sich aus der strafrechtlichen Natur des Privatrechts auch seine Beziehung zu dem Gericht, zum Proceß und zu dem öffentlichen Recht. Denn nur das Gericht besitzt ja die Berechtigung, die Strafe zu erkennen[1]) Aus diesem Grund werden denn auch bei den allgemeinen Lehren strafrechtliche, processualische und öffentliche Bestimmungen erläutert werden müßen, so weit solches zur Uebersicht und zum klaren Verständniß der vorzugsweise zu erwähnenden Privatverhältnisse nöthig erscheint. Zugleich ist aber auch zu berücksichtigen, daß strafrechtliche Bestimmungen die ersten Rechtsregeln waren, und daß häufig ihnen analog sich Grundsätze des reinen Privatrechts bildeten[2]).

Wenn nun von Savigny als besondere Eigenschaft des Familienrechts hervorhebt, daß dasselbe zugleich auf natürlichen, sittlichen und rechtlichen Voraussetzungen begründet ist, so läßt sich in dieser Beziehung für das ganze ältere Deutsche Privatrecht familienrechtliche Beschaffenheit behaupten. Familienrecht, Sachenrecht und Obligationenrecht erscheinen nicht als getrennte für sich bestehende Haupttheile, sondern stehen in engster Verbindung zu einander, und ergänzen sich gegenseitig. Die allgemeinen Lehren werden daher auch wegen dieses engen Zusammenhanges weit leichter gleichmäßige Anwendung bei den einzelnen Hauptrechtsinstituten finden können.

1) Vergl. z. B. die Lehre vom Verzug und vom Ungehorsam.

2) Vergl. z B. die Lehre vom Verzug und von den Arten der Klagen.

Bei dem Versuch, die allgemeinen Lehren nach ihrer fortschreitenden Entwickelung im Zusammenhang darzustellen, scheint als Regel festgehalten werden zu müßen, daß die einer fortschreitenden Entwickelung fähigen Rechtsinstitute, welche solche wirklich durchleben, unmöglich in ihrem jedesmaligen Zustand ihre Haupteigenschaften fest und bestimmt ausgeprägt an sich tragen. In solchen Fällen ist die Aufgabe gegeben, der organischen Entwickelung nachzugehen, sie von Schritt zu Schritt zu verfolgen, und nach Erkenntniß des wesentlichen Charakters eines Rechtsinstituts die verschiedenen Stufen seiner Entwickelung wißenschaftlich zu verbinden und zu beurtheilen. Daher werden denn auch hier zur historischen Anknüpfung und Vollständigkeit aus den **leges Barbarorum** einzelne von denjenigen Stellen bei den allgemeinen Lehren vorkommen, die bereits im ersten Band vorzugsweise wegen ihrer Stellung zum System erwähnt wurden.

Bei dem Versuch, die allgemeinen Lehren in eine höhere Einheit zu bringen, droht die Gefahr, daß eine Regel, welche nur für einen einzelnen Fall, für ein einzelnes Rechtsinstitut gilt, als allgemein gültiges Grundgesetz angenommen wird. Denn wenn schon die Hauptgrundsätze specieller einzelner Rechtsinstitute sehr selten in allgemeiner Form vorkommen, so gilt dieses noch in einem höheren Grad von den allgemeinen Lehren. Denn bei der so großen Fülle partikulärer Rechte ist es sehr schwierig, von den einzelnen Lehren nachzuweisen, daß sie sowohl gemeinrechtlicher Natur, d. h. aus gemein-

schaftlicher deutscher Rechtsanschauung entstanden, als auch allgemein sind, d. h. in allen Deutschen Staaten Anwendung finden. Noch schwieriger scheint aber der Beweis zu sein, daß sie auch bei allen einzelnen speciellen Rechtsinstituten vorkommen. Denn das in den älteren Rechtsquellen enthaltene Recht, welches im gemeinschaftlichen Bewußtsein des Volks vorhanden ist, lebt im Volk nicht unter der Gestalt einer allgemeinen abstrakten Rechtsregel, sondern in der lebendigen Anschauung eines einzelnen concreten Falls. Aus diesem Grund müßen Wesen und Begriff der allgemeinen Rechtsregeln durch viele einzelne Stellen bewiesen werden, die erst durch ihre Zurückführung auf ein allgemeines Grundgesetz ihre Erklärung und ihren Zusammenhang erhalten.

Wegen dieser meist verdeckten Hindeutung der einzelnen Fälle auf allgemeine gültige Lehren hat das Studium der älteren Deutschen Rechtsquellen einen eigenthümlichen Reiz, welcher der Bearbeitung des meist so klaren Römischen **corpus juris** abgeht. Dieses Studium erfordert nemlich, wenn man so sagen darf, eine Art von rechtsschaffender Phantasie, um aus dem einzelnen Fall das allgemeine Grundgesetz abzuleiten.

Allerdings liegt zugleich hier die Gefahr nah, auf Irrwege zu gerathen, auf denen man das wahre Wesen eines Rechtsinstituts verkennt, und Sätze als allgemein gültige Regeln aufstellt, welche doch nur für einen einzelnen speciellen Fall gelten. Umgekehrt kann aber auch leicht der Fall eintreten, daß man ein allgemein gültiges

Grundgesetz übersieht, und das nur als Nebensache auf⸗faßt, was doch die hauptsächlichste Grundlage für das ganze betreffende Rechtsinstitut bildet. Nichts ist aber auch belohnender und erfreulicher, als ein angeblich auf⸗gefundenes Grundgesetz durch solche Fälle bestätigt zu finden, an die man bei seiner Auffindung noch gar nicht dachte; nichts für den Deutschen Rechtssinn erquicklicher und erhebender, als inneren organischen Zusammenhang da zu entdecken, wo scheinbar nur ein wüstes Chaos und einzelne Trümmer einer dürftigen Rechtsentwickelnng vor⸗handen zu sein schienen; nichts befriedigender und für das Deutsche Rechtsstudium anregender, als im Deutschen Recht, je schärfer und je genauer man in dasselbe ein⸗dringt, desto mehr in ihm classische Anlage zu erkennen, in der sich bei tiefrem Studium mehr Geist und orga⸗nischer Zusammenhang, als auf den ersten oberflächlichen Blick scheinbar vorfindet; nichts für das Deutsche Rechts⸗gefühl beruhigender und wohlthuender, als da nur dem Namen nach Römisches Recht zu finden, wo das Deutsche Recht schon vor der Aufnahme des Römischen seiner An⸗lage und Entwickelung nach, wenn nicht häufig dasselbe, doch wenigstens sehr ähnliches Recht ohne Römische Rechtshülfe hervorgebracht haben würde. —

In der neueren Zeit sind nun bekanntlich einige Werke erschienen, die wie z. B. von Schmidt, der prin⸗cipielle Unterschied zwischen dem Römischen und dem Ger⸗manischen Recht, sich als Aufgabe gestellt haben, den Unterschied dieser Rechte nach allgemeinen Ideen und

Grundgesetzen zu erklären. Wie ansprechend auch die Form dieser Werke sein mag, wie anregend auch ihr Inhalt auf das Studium des Rechts ist, wie anerkennenswerth auch ihr Streben vom nationalen Standpunkt erscheint, so droht doch hier besonders für das Deutsche Recht die Gefahr, daß man wegen seiner allgemeinen sogleich beim ersten Blick in die Augen fallenden Eigenschaften die tiefer liegenden übersieht. Denn wie bei dem Charakter einer einzelnen Person auch ihre stark hervortretenden Züge leicht erkennbar sind, das Verständniß der feineren dagegen ein tiefes Eindringen in ihre mehr verborgen liegenden Eigenschaften erfordert, so auch gilt dieses vom Studium des Rechts einer ganzen Nation, zumal von dem der Deutschen. Denn das so reiche Material des Deutschen Rechts ist weder vollständig gesammelt und geordnet, noch im Gegensatz zu dem des Römischen Rechts hinreichend erforscht, noch auch deßen so großer Reichthum an Quellen hinlänglich wißenschaftlich verarbeitet, um jetzt schon vollständig seinen Geist und seinen Charakter nach allgemein gültigen Grundsätzen darzustellen. Die Verfaßer solcher Werke werden leicht in den Fehler verfallen, daß sie von einem einseitigen Standpunkt das Recht auffaßen, weil sie nach einigen hervorstechenden Hauptsätzen den ganzen Charakter des Rechts beurtheilen und darstellen.

Obgleich ich mich nun ernstlich bemüht habe, die Fülle des gegebenen Rechtsstoffes vollständig zu beherrschen, und die einzelnen in den so zahlreichen Quellen oft tief versteckt liegenden Rechtslehren an das

offene Tageslicht zu bringen, so war doch hierbei nicht die Absicht hauptsächlich darauf gerichtet, durch Anhäufung des historischen Materials und durch häufige Anführung vieler Rechtsquellen den historischen Bestand der Rechtslehren nachzuweisen. Denn mein Hauptstreben war, die den einzelnen zahlreichen Fällen zu Grunde liegenden Rechtsideen darzustellen, sie auf ein bestimmtes Grundprincip zurückzuführen, aus diesem heraus sie zu erklären, und ihren innigen geistigen Zusammenhang mit den dem Volk angeborenen Anschauungen zu veranschaulichen. Zwar behauptet Roßhirt [1]), daß das Deutsche Recht zwar guten Gehalt aber keine Begriffe habe, denn die Rechtsbegriffe wären alle Römisch. Ihm scheint hier der Satz vorgeschwebt zu haben „denn wenn auch die Begriffe fehlen, stellt sich ein Wort zur rechten Zeit doch ein." Da er übrigens an einer andern Stelle [2]) das gemeine Deutsche Privatrecht nur eine gehaltlose Abstraktion nennt, so führt nach seinen eigenen Worten das Material, das guten Gehalt hat, nur zu einer gehaltlosen Abstraktion!

Nach dieser Auffaßung hat Roßhirt mit Unrecht keinen oder wenigstens keinen sehr hohen Begriff von dem älteren Deutschen Recht. Denn sein so reiches Material giebt zwar selten wörtlich Begriffe, aber aus diesen zahlreichen Quellen laßen sich doch Begriffe bestimmen.

---

1) Roßhirt, Dogmengeschichte des Civilrechts. Heidelberg. 1853. Vorrede S. IV—V. — 2) S. 6.

Das Streben, die Natur von allgemeinen Rechtslehren zu bestimmen, von denen übrigens nur diejenigen erklärt werden sollen, die entweder in engerem Zusammenhang untereinander stehen, oder bis jetzt wenig oder gar nicht beachtet wurden, zeigt, daß auch bei ihnen, wie z. B. bei der Lehre vom Fleis [1]), vom Zufall [2]), vom Ersatz der Früchte [3]), vom Verzug [4]), vom Beweisrecht [5]), vom Würderungseid [6]), zwischen dem Sachsenspiegel und Schwabenspiegel ein bedeutender Unterschied besteht. Der Schwabenspiegel bildet in gewißen Fällen eine Art von Brücke, die den Uebergang des Deutschen Rechts zum Römischen häufig erleichtert.

Wenn nun nach Savigny's Ausspruch in der Anerkennung des freien Spielraums individueller Auffaßung das wahre Leben aller Wißenschaft beruht, so wird man mir hoffentlich auch vergönnen, nach meiner individuellen Auffaßung manche Rechtslehren, wie z. B. die Friedlosigkeit, in einem Zusammenhang darzustellen, der von dem üblichen abweicht. Uebrigens haben mir die Worte „omnia quae *nunc vetustissima* creduntur, *olim nova* fuere, et quod *hodie exemplis* tuemur, inter *exempla erit*“ als Grundregel für die Erläuterung der einzelnen Rechtslehren gedient.

---

1) §. 4. S. 55—58. — 2) §. 8. S. 120—123. 127. — 3) §. 10. S. 144—145. — 4) §. 15. S. 179—180. — 5) §. 24. — 6) §. 25.

Inhalt.

§. 1.

Ursprung und Eintheilung des Rechts.

Der Charakter und der Begriff eines jeden Rechtes, folglich auch des Deutschen Rechtes, wird wesentlich bestimmt und beherrscht von den Ansichten, die über deßen Ursprung und Bestimmung bei einem einzelnen Volk Gültigkeit haben.

Nach den Deutschen Rechtsansichten stammt das Recht von Gott ab, und Gott gilt als die ursprüngliche Quelle des Rechtes und der Gerechtigkeit, denn Gott ist Recht und Recht kommt von Gott [1]). Da nun Gott, der selbst der

1) Schmidt, der principielle Unterschied zwischen dem Römischen und Germanischen Recht. B. I. S. 68—70. Kaiserrecht v. Endemann I. 1. ein iglich mensche sal wissen, daz got ist recht und recht komt von got, und von dem rechten komt rechtikeit, und gerichte sterket gotes lob, und hohet den keiser, und mert das riche und machet reinen luten frede und wirket vil guter dinge un wustet missetat, und gebiert nicht dan edel frucht und ist eine sture und eine gruntfeste aller guten dinge. hievon sol ein iglich mensche minnen daz gerichte.

höchste und gerechteste Richter ist [1]), dem Kaiser alles Recht und alle Gerechtigkeit übertragen hat, so führt er auch mit Recht seinen Namen von Gottes Gnaden [2]).

Er nun, der Inhaber alles Rechts und aller Gerechtigkeit ist und dessen Aufgabe in der Pflege der Gerechtigkeit besteht, hat nun auch bei der Anwendung der ihm von Gott verliehenen Macht die Gebote der Sittlichkeit und die Grenzen des Rechts streng zu wahren. Denn der Kaiser soll Kaiser sein, so lange er recht thut und er erniedrigt seine göttliche Würde, und steht dem Niedrigsten gleich, sobald er Unrecht ausübt [3]). Je gerechter daher der Kaiser ist, desto treuer gehorchen ihm die Unterthanen und schon Clothar sagt, je mehr Unparteilichkeit und Gerechtigkeit der König bei Abfaßung einer Rechtsvorschrift bewahrt, desto eifriger ist die Liebe zur Unterthänigkeit [4]). Nach diesem Grundsatz ist auch das Recht kein Gegenstand, den das Volk nur nach seiner subjectiven Willkür unabhängig von dem Einfluß der Gottheit künstlich verfertigt, sondern das Recht ist bereits mit dem Volk in deßen göttlichen und sittlichen Grundsätzen vorhanden, und das Volk ist verpflichtet nach dem ihm angeborenen sittlichen Bewußtsein die äußeren, rechtlichen Grundsätze festzustellen.

Mit diesem göttlichen Ursprung des Rechts ist nun aber weder die Notwendigkeit verbunden, daß die weltliche

---

1) Canciani leges Barb. L. I. form. rituales p. 454—458.

2) Formul. Alsa. f. 4. 5. 6. 8. 10. form. Goldas. f. 6.

3) Kaiser. II. 117 „in des riches recht stet gescr. der keiser ist dem minsten glich, tut er unrecht: der keiser sol keiser sin die wile er recht tut.“

4) Pertz. monument. German. leges tom. I. Chlotar. reg. co. 560. c. 1. quantum plus fuerit justitiae atque integritatis impensum, tantum pronius amor devotionis incumbit.“

Macht sich dem Recht der kirchlichen Macht in weltlichen, rechtlichen Beziehungen unterzuordnen hat, noch auch als beständige Regel gegeben, daß Kaiser und Volk immer in allen rechtlichen Beziehungen sich des göttlichen Ursprungs bewust gewesen sind, diesen Ursprung treu bewährt haben, und daß die Gebote der Religion und der Sittlichkeit an und für sich allein im Stande gewesen wären, den Frieden im Volk aufrecht zu erhalten.

Denn von jeher haben Kaiser und Reich sich bestrebt, ihre Unabhängigkeit in weltlichen, rechtlichen Verhältnissen der katholischen Kirche gegenüber zu bewahren, und sich bemüht, den biblischen Ausspruch: gebet Gott, was Gottes ist, dem Kaiser, was dem Kaiser gebürt [1]), in allen ihren so hartnäckigen Kämpfen mit der Kirche als Richtschnur festzuhalten.

Denn zwei Schwerter gab Gott zum Schutz und Schirm der Christenheit, dem Pabst das geistliche, dem Kaiser das weltliche [2]), und beide Schwertträger stehen selbständig einander gegenüber. Aber Pabst und Kaiser werden nicht allein gegenseitig sich gegenübergestellt, sondern auch die Reihenfolge der Würdenträger in der katholischen Kirche wird mit der Rangordnung der Beamten im heiligen Römischen Reich nach einer seltsamen Vereinigung von Aemtern des Römischen und Deutschen Kaisertums verglichen. Die Erzbischöfe werden mit den Königen, die Me-

---

1) Sachsenspiegel v. Homeyer, Sächsisches Landrecht III. 42. 5.

2) Sächs. Landrecht Vorrede I. 1. III. 44. 1. Schwabenspiegel v. Wackernagel Schwäbisches Landrecht, Vorrede. Diese Ausgabe ist überhaupt den Citaten zu Grunde gelegt, wenn nicht ausdrücklich die von Laßberg genannt ist. Das Rechtsbuch nach Distinktionen von Ortloff I. 1. 1. Form. Alsat. f. 18. 21. Pertz. l. c. II. conf. privil. eccl. 1294.

tropolitane mit den Herzögen, die Bischöfe mit den Grafen, die Aebte mit den Militärtribunen verglichen, und in dieser Reihenfolge wird bis auf die niedrigste Stufe der geistlichen und weltlichen Beamten gegangen [1]).

Weltliche und geistliche Gewalt sollen sich nicht feindselig gegenüber stehen, sondern aus ihrer innigen Vereinigung soll ein einziges Haus Gottes, ein einziger Körper Christi in der Art werden, daß wenn ein Glied dieses Körpers sich freut, sich alle Glieder freuen, wenn eins trauert, alle trauern [2]), ein Grundsatz, den die Kirche für ihre Glieder unter verschiedenen harten Stürmen treu und fest zu wahren gewust hat, den aber Kaiser und Reich oft treuloserweise aufgaben [3]).

Zwar hält dem Pabst beim Aufsteigen den Steigbügel der Kaiser [4]), zwar gilt Rom als das Haupt der Welt, zwar ist die Römische Kirche die Mutter aller Kirchen, zwar gab der Pabst das heilige Römische Reich, was er von den Griechischen Kaisern erhielt, dem Stammvater der Deutschen Kaiser, dem großen Karl und seinen Nachfolgern [5]), zwar verleiht das kirchliche Oberhaupt den Deutschen Herrschern die Vertheidigung und Beschützung der Kirche, eine Würde, die erhaben steht über alle weltlichen Würden [6]),

---

1) Canciani l. c. B. II. for. Alsat. III.

2) Cancia II. for. Als. III. . . . si gloriatur unum membrum, congaudeant omnia membra, tristatur unum, cuncta condoleant.

3) Vergleiche auch Kaiserrecht III. I.

4) Sächs. Landr. I. I.

5) Pertz. l. c. II. pars I. Conradi elect. 1237. cur. Noremb. 1303. pars alt. Otto mag. pact. cum Johann. XII. 962. Sächs. Landr. III. 52. 1.

6) Pertz. II. l. c. tract. c. Nico. III. 1278—79.

aber dennoch soll der Kaiser in allen weltlichen Angelegenheiten für sich selbständig herrschen, ohne Einschränkung von Seiten der Kirche. In der Kirche ist Niemand mächtiger als der Pabst, in dem Reich Niemand erhabener als der Kaiser, beide regieren nebeneinander die Welt [1]), beide schwören sich gegenseitig Treue, der Kaiser als Schutz- und Schirmherr der Kirche und des christlichen Glaubens [2]), der Pabst dem Kaiser als Oberlehnsherrn der Römischen Besitzungen [3]). Uebrigens scheint die Ansicht, „daß der Kaiser vom Pabst das Reich empfing und der Pabst auch hier als Vermittler zwischen Gott und den Menschen eintrete [4]), nicht überall gleichmäßig gegolten zu haben. Denn das Kaiserrecht kannte in dieser Beziehung keine Mittelsperson zwischen Gott und dem Kaiser, dasselbe sagt, „Gott ist das Reich, und der Kaiser sitzet an Gottes Statt als der Menschen Schirmherr [5]). — Ebenso hat umgekehrt der Pabst sich bald von der Verpflichtung frei gemacht, dem Kaiser als Lehnsherrn der Römischen Besitzungen, Treue zu schwören [6]). Pabst und Kirche, Kaiser und Reich leiten in ihren Kreisen ihre Angelegenheiten selbständig; gleichwie die heilige christliche Kirche durch den Pabst und die Bischöfe regiert wird, also sollen Land und Leute durch Kö-

---

1) Pertz. I. const. Worm. 829. c. 3. Carol. II. cap. 873. Pertz. II. confirm. privil. eccles. 1294. Girand, essai sur l'histoire du droit Français au moyen âge I. p. 350.

2) Pertz. II. corona. Rom. 1133. 1155. prom. Lausannen. 1310.

3) Pertz. II. pars alt. Otto. mag. pac. cum Joh. XIV.

4) Pertz. I. capit. Aquis 828.

5) Kaiserr. IV. 8.

6) Laferrière histoire du droit français I. S. 223.

nige, Herren und Fürsten mit dem weltlichen Recht geleitet, geschützt und gehandhabt werden [1]).

Dieser Gleichstellung von Pabst und Kaiser, von Kirche und Reich entspricht denn auch, daß beim Recht zwischen einem göttlichen und menschlichen unterschieden wird [2]). Diese Eintheilung steht in inniger Verbindung mit der damaligen Auffaßung des Begriffs von Recht, und wird aus diesem Begriff abgeleitet. Recht ist nemlich nach den Ansichten des Mittelalters die Kenntniß und Wißenschaft des Guten und Gerechten. Nach Auslegung vom Pabst bedeutet Gerechtes ehrliches und gerechtes Gericht, nach Auslegung vom Kaiser bezeichnet Gutes nützliches und ehrliches Gericht [3]). Nach dieser Auslegung vom Pabst, nach dieser Auffaßung vom Kaiser wird denn auch das göttliche und weltliche Recht bestimmt.

Das erstere ist ~~ein Kind~~, das zweite soll man lehren, das erste ist natürlich, das zweite ist gemacht. Das erste ist Eingebung des Geistes Gottes, der das Gute liebt und das Böse unterläßt, wie der Mensch weiß [4]). Das gött-

---

1) Jütsch. Low. herausgeg. v. Falk. Vorrede.

2) Richthofen, Friesische Rechtsquellen, allgemeine Gesetze des westerländischen Frieslands, Was ist Recht? §. 1. S. 434.

3) Richthofen l. c. **Haet is riucht? List ende konst riuchtes ende goedes. Haet meent dat riuchtes ende goedes? Riuchtes, dat meent riuchtlikera ende eerlikera tinga, also bitiothet hit ws di paeus. Haet bitiothet wird goedes? Netlikera ende eerlikera tinga, alsoe sprekt die keyser.** Die Begriffsbestimmung von Recht erinnert in einiger Beziehung an den Begriff von **jus** im Römischen Sinn, wenn dasselbe bestimmt wird als die **ars boni et aequi**, aber die nähere Ausführung selbst weicht ganz von der Römischen Anschauung ab.

4) Richthofen l. c. **„Hoe manich riucht ister? Twa, een**

liche Recht erscheint nach dieser Begriffsbestimmung als das dem Menschen von Gott verliehene, ihm angeborene sittliche Bewustsein, als deßen Gewißen, das ihn von innen aus, ohne daß eine äußerliche weltliche Macht ihn zwingt, von selbst antreibt und bewegt, seinen Mitmenschen Beistand und Hülfe zu leisten, Versöhnung gegen sie auszuüben, und sich selbst zu beßern. Zu deßen Kenntniss bedarf der Mensch weder der Gesetzeskunde, noch einer reichen Erfahrung in der äußerlichen Welt, sondern nur eines unbefangenen, reinen Sinnes. Das göttliche Recht, welches das Gute will, lehrt den Menschen sich selbst zu beßern, das Unrecht zu bekämpfen, die Unschuld zu unterstützen, die Hartherzigkeit zu verbannen[1]).

Diese Vorschriften des göttlichen Rechts entsprechen den Grundsätzen des Christenthums und geben dem Pabst keine Berechtigung sich in das weltliche Recht und in die weltliche Regierung einzumischen, sobald diese nur nicht gegen die Vorschriften des Christentums streiten. Diese Vorschriften geben eine bestimmte feste Gränzscheide zwischen der weltlichen und geistlichen Macht, zwischen rein weltlichem und rein geistlichem Recht.

Das menschliche Recht dagegen muß gelernt und gelehrt werden, denn zu seiner Kenntniss reichen die von Gott

---

godlic ende een menslic, dat aerste is die oen bern, ende dat oeder scheltu lera; dat een is natuelic ende dat oeder is taulic. Haet is godlic riucht? Oenverp godis gastis, deer dat gued lunet ende dat eerge leth by mannes wytem."

1) Richthofen l. c. „leta beth sy mi, haet godes riucht se? ewa, deer des mannes sin leert hym selff to biriuchten, ende dat oenriucht to wrfiuchten, dae onschield to helpane, ende da onmyldicheed fordriwa."

dem Menschen angeborenen sittlichen Grundsätze nicht aus, sein Zweck ist den äußerlichen Nutzen, die äußere Sicherheit der Menschen untereinander zu schirmen und zu wahren, damit das göttliche Recht Raum finde für seine Entwickelung.

Während das göttliche Recht den Menschen zur Versöhnlichkeit und zur sittlichen Vollendung anregt, hat das menschliche Recht einen strengen hauptsächlich strafrechtlichen Charakter, der vorzugsweise bei Aufzeichnung der älteren Rechte als Grund und Zweck der aufgestellten Rechtsnormen hervorgehoben wird. Denn die Ansicht gilt, daß wenn kein Recht im Lande bestände, der Gewaltigste das meiste Recht hätte. Aus diesem Grund ist das Recht gesetzt worden einem jedem zum Nutzen und Guten, auf daß die Gehorsamen, Frommen und Unschuldigen geschützt, die Verbrecher dagegen wegen ihrer Untugend und Ungerechtigkeit bestraft werden [1]).

Das menschliche Recht ist nun entstanden aus den Satzungen der Herrscher und aus den durch Uebung ausgesprochenen und anerkannten Rechtsansichten des Volkes [2]).

---

1) Vergleiche Jüti. Low. v. Falk. Vorrede. Cancia I. prolog. zu Edict. Roth, zu d. leg. Rachis. II. prolog. zu d. lex. Bajuvariorum. Pertz. II. constitutio vicarii general. in Italia 1239: „caruisset libenter humana conditio jugo dominii, neque libertatem a se, quam iis natura concesserat, homines abdicassent, nisi quia impunita licentia scelerum in evidentem perniciem humani generis redundabat, et ex necessitate quadam oportuit naturam subesse justitiae et servire judicio libertatem.“ Richthofen l. c. Hweerom is dat riucht seth? Dat ma fruchta da wreeck, binda den duriga fan da lust der sonda, bischyrme da onschield ende scheppe da wreecke.“

2) Richthofen l. c. Haet is menschelic riucht? Koninges

Die herkömmlich angewandten Rechtsgrundsätze hat man von jeher als gültig anerkannt, sobald dieselben nur nicht gegen die ausdrücklichen Vorschriften der Könige oder gegen die Hauptgrundsätze der Religion streiten [1]). Ueberhaupt wird ein jeder Fürst als Freund und Vater seines Vaterlandes ermahnt, die althergebrachten Einrichtungen der früheren Herrscher zu bewahren [2]). Die Schöffen werden ausdrücklich aufgefordert, daß sie urtheilen sollen nach dem Gewohnheitsrecht der einzelnen Länder [3]).

Während nun Pabst und Kaiser, Kirche und Reich, menschliches und göttliches Recht gegenübergestellt werden, wird jedoch sowohl im kirchlichen als im weltlichen Recht gegenseitig auf einander Rücksicht genommen.

Denn die Menschen sollen zugleich im Frieden mit der Kirche, in der Gunst Gottes und des Königes leben [4]).

Die gegebenen Gesetze sollen vor Gott und vor den Menschen gerecht sein [5]) und der Kaiser, der sonst in weltlichen Beziehungen selbständig der Kirche gegenübersteht, und ihrer Gewalt nicht unterworfen ist, kann von der Kirche dann in den Bann gethan werden, wenn er die Grundsätze

---

setma ende lyoda pliga, deer netlic is ende eerlic, koninges setma haetma scrioun riucht, ende als et riucht scrioun is, so haetmet een ewa; wer da ewa ne mei nen wilker gaen, deer dae ewa tobreckt. Taulic pliga fan langher wennicheed is alsoe gued so scrioun riucht, ieftse naet ne swiwet."

1) Caroli Mag. capitul. 783. c. 10. Capit. Longob. 813. c. 17. Sächs. Landr. I. 18.

2) Pertz. II. constt. Frider. 1156.

3) Pertz. II. constt. reg. Heinr. 1234. p. 301. cur. Mog. 1235. c. 4. Sächs. Landr. II. 48. 10.

4) Leg. Long. Lui. V. c. 6.

5) Canciani IV. leges in Angl. p. 297.

des christlichen Glaubens nicht anerkennt, christliche Gotteshäuser zerstört oder das Sakrament der Ehe verletzt [1]). Ferner hat der weltliche Richter den von dem geistlichen Richter mit dem Banne Belegten nach Ablauf von sechs Wochen und drei Tagen in die Acht zu erklären, der geistliche Richter dagegen den vom weltlichen Gericht Geächteten nach Ablauf von sechs Wochen und drei Tagen mit dem Bann zu bestrafen [2]). Ueberhaupt erkennt die Kirche, daß sie des weltlichen Arms bedarf und daß die weltliche Macht das zu bezwingen und das durchzusetzen vermag, was die Kirche durchzuführen zu schwach ist [3]). Sonst aber leiten die kirchliche und weltliche Macht ihre Angelegenheiten selbständig nach den einer jeden Macht innerhalb ihrer Sphäre vorhandnen Rechtsnormen.

Der Pabst hat nicht die Macht Rechtsbestimmungen zu geben, durch die er die Bestimmungen des weltlichen Land- oder Lehnrechts verletzt [4]), der Bann der Kirche schadet keinem Laien an Land- oder Lehnrecht [5]). Mit

---

1) Sächs. Landr. III §. 7. 1. III. 54. 3.

2) Schwäb. Landr. c. 88. 109. 117. 119. 204.

3) Pertz. II. altera pars capit. spuria. Benedict. V. add. II. c. 24. Sächs. Landr. I. 1. III. 63. 2. „alsüs sal werltlik gerichte unde geistlik over en dragen, svat so deme enen wederstat, dat man't mit deme anderen dvinge gehorsam to wesene unde rechtes to plegene.“ Siehe auch Giraud. l. c. I. p. 324.

4) Sächs. Landr. I. 3. 3. „de paves ne mach nen recht setten, dar he unse lantrecht oder lenrecht mede ergere.“

5) Sächs. Landr. III. 63. 2. „ban scadet der sele unde ne nimt doch niemanne den lif, noch ne krenket niemanne an lantrechte noch an lenrechte, dar ne volge des koninges achte na.“

geistlichem Gericht ist man nicht im Stand in weltlichen Angelegenheiten einen Laien zu überwinden [1]).

Die vor weltlichem Gericht abgeurtheilten Sachen dürfen nicht wider an das geistliche Gericht gebracht werden [2]), ja wenn ein Laie einen Laien vor einem geistlichen Gericht verklagt, ohne daß ihm vorher das weltliche Gericht Recht verweigert hat [3]), so muß der Kläger dem Verklagten allen Schaden ersetzen, den der letztere durch eine solche Klagenanstellung erleidet und außerdem Buße und Wette entrichten [4]).

Ja selbst in solchen Verhältnissen, wo das weltliche Recht ausdrücklich anerkennt, daß die weltlichen Rechtsgrundsätze gegen die Gebote der christlichen Religion und gegen die wahre Gerechtigkeit streiten, vermag die Kirche mit ihren Ansichten nicht sofort durchzudringen und ihr Recht durchzusetzen, sobald die weltlichen Rechtsnormen eng mit dem im Volke lebenden und ihm angeborenen Rechtsansichten verwachsen und gleichsam ein Bestandtheil seines Daseins geworden sind. Die Kirche ist z. B. nicht im Stande gewesen, die sofortige Aufhebung der Leibeigen-

---

1) Distink. IV. 47. 10.

2) Richthofen l. c. Drenther Sendbrief §. 3: „de causis per temporales judices judicatis non ad nos.

3) Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters. Ulm. Stadtrecht v. 1296. §. 25. Schwäb. Landr. v. Laßberg. c. 175.

4) Sächs. Landr. III. 87. 1. „svelk leie enen anderen leien vor geistlikeme gerichte beklaget umme sogedane scult, de die werltlike richtere durch recht richten sal unde bringt he ine in scaden, unde wert he dar umme beklaget to lantrechte, he mut deme richtere wedden, unde jeneme sine bute geven unde ine ut dem scaden nemen.“

schaft [1]) durchzusetzen, oder die sofortige Abschaffung der Gottesurtheile zu bewirken [2]).

Wie die weltliche Macht selbstständig nach weltlichem Recht im weltlichen Gericht über die Angelegenheiten ihrer Angehörigen entscheidet, so urtheilt auch die kirchliche Gewalt nach kirchlichem Recht über die Streitigkeiten der Geistlichen [3]).

Die Kirche beschränkte nun bekanntlich ihr Recht nicht auf die ihrem Gebiet zugehörenden Gegenstände, sondern sie suchte die Lehre Gregors VII. si enim spirituales judicatis, quid de secularibus non posse credendum est [4]) für das weltliche Recht und die weltliche Gerichtsbarkeit durchzuführen. Ihr galt als Grundsatz, daß da wo das Priesterthum geändert wird, auch das Gesetz verändert werden muß [5]). Dieses Streben dem göttlichen Recht Eingang in das weltliche zu verschaffen, wird nun von dem weltlichen Recht in der Art unter-

---

1) Sachsensp. III. 42. 5. „dar bi is uns kundich von godes worden, dat die mensche, godes belde, godes wesen sal unde sve ine anders jemanne to seget danne gode, dat he weder got dut. §. 6. Na rechter warheit so hevet egenscap begin von gedvange unde von vengnisse unde von unrechter walt, die man von aldere in unrechte wonheit getogen hevet, unde nu vore recht hebben wel.“

2) Distinkt. IV. 22. 1. Dieses wird bei der Lehre von den Ordalien bestimmter erklärt werden §. 27.

3) Canciani. Lib. III. Capit. I. cap. 28. V. 70. 378. 390. VI. c. 124. Lib. I. capt. Carol. Mag. Long. 813. c. 91. 136. Sächs. Landr. III. 63. 1. Dist. IV. 47. 10. Pertz. I. l. c. Capit. 755. c. 18. II. cur. Wurzburg. 1287. c. 29. 33. cur. Ratisbo. c. 39. Richter, Kirchenrecht §. 191—194, wohin überhaupt die Erklärung des kirchlichen Rechts zum weltlichen gehört, da zunächst nur das letztere hier zu behandeln ist.

4) Laferrière l. c. I. p. 226.

5) Ebr. 7. v. 12.

stützt, daß dasselbe sich der ursprünglichen Abstammung des Rechts von Gott bewust wird. Denn die Eigenschaften, die das weltliche Recht haben soll, weisen auf dessen göttlichen Ursprung zurück. Denn das Recht soll sein ehrenwerth, heilig, klar und offen, so daß ein jeder dasselbe verstehen, und wißen kann, welche rechtlichen Bestimmungen gelten [1]). Mit dieser Ansicht stimmt denn auch die Anforderung überein, daß das Gewohnheitsrecht weder gegen das geistliche Recht, noch gegen Gottes Huld, noch gegen menschliche Treue und Seeligkeit streitet [2]). Diese Neigung, das weltliche Recht auf Gott zurückzuführen, äußert sich auch in dem Bestreben der Rechtsbücher, bei vielen Rechtsinstituten wo möglich einen historischen Zusammenhang zwischen ihnen und den biblischen Begebenheiten nachzuweisen und und ihre Entstehung auf diese zurückzuführen. Diese Eigenschaft haben die Rechtsbücher nicht allein für sich, sondern mit andern Bestrebungen gemeinsam. Denn das Mittelalter suchte nach seiner tiefen, religiösen Richtung auch auf anderen weltlichen Gebieten, in den Reim- und Weltchroniken, in vielen Erzeugnissen der Poesie und der Kunst einen historischen Zusammenhang zwischen den biblischen Begebenheiten, der Geschichte des Alterthums und der Zeit des Mittelalters zu begründen.

Die Rechtsbücher bringen nun viele Rechtsinstitute, wie die Eintheilung in sieben Heerschilde, die Erklärung der Leibeigenschaft, die rechtliche Stellung der Juden, die Erklärung der Acht gegen den Verbrecher [3]), mit den bibli-

---

1) Jüt. Low. Vorrede.

2) Schw. Landr. c. 40. Kaiserr. II. 47. „bose gewonheit sal man abtun, daz ir die lute icht geergert werden."

3) Sächs. Landr. I. 3. II. 66. III. 7. 3. III. 42. Schw. Landr.

schen Begebenheiten und dem sonstigen Altertum in enge Verbindung.

Man stellt überhaupt den Grundsatz auf, daß das Recht erst von dem Augenblick an, als die Christenheit entstand, fest und gut wurde [1]).

Dieser Auffaßung muß jedoch der Gedanke fern liegen, als ob das Deutsche Recht erst von der Zeit an sittliche Grundsätze erhielt, als die christliche Religion von den Deutschen Völkern angenommen wurde. Denn die ursprünglich edle und stolze Gesinnung der Deutschen, ihr angeborenes Gefühl für die Wahrheit, ihre gegenseitige feste Treue und ihre Anhänglichkeit an die Familie, an die Stammesgenoßen, an den Grund und Boden, ihre angeborene Neigung gegenseitig sich Hülfe zu leisten, ihre natürliche Auffaßung der vorhandnen Rechtsverhältnisse, ihre Rücksicht auf die individuelle Natur eines einzelnen Rechtsfalls, ihr tiefer historischer Sinn für das von ihren Vorfahren überlieferte Recht, ihr von Anfang an eifriges Streben das Recht in der leiblichen Persönlichkeit zu vereinigen und für jedes Recht, für jede Verbindlichkeit, die gesammte Persönlichkeit einstehen zu laßen, bildet von Anfang an eine feste und tiefe Grundlage, auf welcher sich das Recht später nach christlichen Grundsätzen weiter fortentwickeln konnte.

Das Christenthum hat nicht die Aufgabe, das den Germanen angeborene, volkstümliche Recht vollständig umzu-

---

c. 83. Richthofen l. c. allgemeine Gesetze des westländischen Frieslands. Was ist Recht? §. 2. 3. 4. Das Rudolfsbuch S. 425. §. 2.

1) Richthofen l. c. Was ist Recht? §. 4. Giraud. l. c. p. 352. ce n'était la vie morale, qui subissait la loi chretienne, c'était la vie civile elle même.

ändern und aufzuheben, sondern seine Aufgabe ist die dem deutschen Volk eigenthümlichen Rechtsansichten in Uebereinstimmung mit den christlichen Grundsätzen zu bringen, während das Recht sonst seinen freien besondern Entwickelungsgang nach den im Volk lebenden und durch dessen äußere Schicksale mitbedingten Forderungen nimmt.

Auch ist im Mittelalter der Einfluß der christlichen Religion nicht im Stande gewesen zu verhindern, daß nicht oft der mächtige Einfluß der Stammesgenoßenschaft, das schrankenlose Streben nach individueller Freiheit und Unabhängigkeit, die zu große Waffenlust und Kampfesfreudigkeit, die überwiegende Macht des Grund und Bodens, der mächtige Einfluß der leiblichen Persönlichkeit, die strenge Abhängigkeit einer Person von einer andern, die ewig wahren Grundsätze der Sittlichkeit und der christlichen Religion verletzt hätte. Die höchst wichtige Frage, welchen Einfluß hat das Römische Recht auf das weltliche und göttliche Recht der Deutschen ausgeübt und in welchem Verhältniß stehen diese drei Elemente des Rechts, das Germanische, Römische und Christliche zu einander, und welches ist ihre gegenseitige Aufgabe, kann erst da behandelt werden, wo von der Aufnahme des Römischen Rechts gehandelt wird. An dieser Stelle ist dann auch zu erläutern, wie das Deutsche Recht die Eintheilung des Römischen Rechts in jus naturale, jus gentium und jus civile auffaßte.

Da nun die inneren Gründe, aus denen Jemand eine Rechtshandlung vornimmt, am deutlichsten zeigen, welche innere Verbindung zwischen Recht und Sittlichkeit besteht, so sind diese zunächst zu erörtern.

§. 2.

Die Treue.

In keinem Rechtsinstitut zeigt sich die rechtliche und zugleich sittliche Natur des Deutschen Rechts von so bedeutender Kraft, von so umfaßendem Umfang, und von so tiefer Innigkeit, als wie in dem Begriff der Treue. Denn sie, welche einen Hauptzug des Germanischen Volkscharakters in sich schließt, hat von den ältesten Zeiten an in den verschiedenartigsten Kreisen der nationalen Entwickelung, in erhabenen und niederen Sphären, in den Kreisen des öffentlichen und Privatlebens, in den Aufzeichnungen des Rechts und in den Denkmälern der Poesie, an den Altären der Gottheit und an den Stätten des Gerichts, auf dem Schlachtfeld und am Heerde des Hauses, ihre edle Natur und ihre tief bewegende Kraft in großartigen Erscheinungen geoffenbart.

Von Gott selbst wird gesagt, daß er aus Minne und Treue gegen die Menschen Alles zum Nutzen schuf [1]), sowie denn sie mit ganzer Treue Gott dienen und sich gegenseitig ebenfalls Treue und Wahrheit bieten sollen [2]). Bei den sonstigen zahlreichen Treuverhältnissen wird die Ver-

---

1) Schwäbisches Landrecht, Vorrede.

2) Pertz. l. c. I. Childeb. constt. 554. Das Rechtsbuch nach Distinktionen von Ortloff, Buch IV, Cap. 47, Dist. 7. Schwabenspiegel l. c. Gengler, Deutsche Stadtrechte des Mittelalters, Wien, Stadtbriefe des Herzogs Leopold VII. v. 18. Oktob. 1221. Einleitung. Winterthur, Privileg des Grafen Rudolf von Habsburg den 22. Juni 1264, Einleitung. Sächsisches Weichbild Privilegium den Sachsen und der Stadt Magdeburg gegeben vom Kaiser Otto über das Weichbild. Richthofen, Friesische Rechtsquellen, Gesetze des Westerländischen Frieslandes §. 2.

pflichtung zur Treue gewönlich durch einen Eidschwur befestigt, deßen Worte ihre hohe rechtliche und sittliche Bedeutung offenbaren. Bereits die Mitglieder der Gefolgschaften schwuren den Anführern, mit ihrem Leben für sie einzustehen und ihre eigenen Kriegsthaten, den höchsten Stolz des freien Germanen, ihnen zuzurechnen [1]). Zur Zeit des Deutschen Reichs ist der Schwur der Treue, den bereits im sechsten Jahrhundert nicht allein die Antrustionen sondern überhaupt alle Unterthanen ihren Herrschern leisten [2]), die Kette, welche die einzelnen Glieder Deutscher Nation von dem Thron des Kaisers bis zum Schemel des Hörigen herab mit einander verbindet und sobald sich einzelne Ringe von dieser Kette ablösen, beginnt der Verfall des heiligen, Römischen Reichs. Der Deutsche König schwört bei seiner Wahl, daß er das Reich stärken, das Unrecht kränken und dem Reich vorstehen werde zu deßen Besten, als er kann und mag [3]); er gelobt eidlich bei seiner Kaiserkrönung in echter Treue selbst mit Aufopferung seines Lebens als Schutz- und Schirmherr der heiligen Römischen Kirche den Pabst vor jeglichem Schimpf und Angriff zu schützen, alle vorhandenen Ehren und Besitzungen der Kirche zu bewahren, die verlorenen aber wieder zu erstreiten [4]). Die Großen

---

1) Tacitus Germania c. 14, „principem defendere tueri, sua quoque fortia facta gloriae ejus adsignare, praecipuum sacramentum est.“

2) Roth, Geschichte des Beneficialwesens, S. 108 - 128, 272, 380 – 385.

3) Sächs. Landr. B. III. Art. 54. § 2. Distinktionen B. VI. K. 10. D. 1.

4) Pertz, monumenta Germaniae historica legum tom. II. coronatio Romana 1131, 1133, 1191, juramentum futuri imperatoris 1219, juramentum papae praestitum 1249, coronatio

des Reichs schwören nach ihren Kräften des Kaisers und des Reiches Frommen zu fördern und seinen Schaden zu wenden [1]), die Ritter des Kaisers geloben eidlich, Pfleger, Schirm und Mauer des Reichs zu sein [2]), die Vasallen und Dienstmannen schwören ihrem Herrn treu, hold und gewärtig zu dienen [3]), und das gesammte Volk schwört dem Deutschen König oder seinem Stellvertreter den Eid der Treue [4]). Die Bürger geloben dem Stadtherrn [5]), die Klosterhörigen dem Klostervorstand [6]), die Gutshörigen dem Gutsherrn [7]), treu und gewärtig zu sein, deren Frommen zu fördern und deren Schaden zu wenden.

Ferner sind vorzugsweise die Gerichtspersonen, oder wenigstens solche, die mit dem Gericht in Verbindung stehen, verpflichtet ihre Treue zu beschwören. Die Richter, die Schöffen, die Frohnboten, die Notare schwören, ohne

---

Aquisgranensis 1273 legatio ad Clementem V. papam 1309, promissio Lausannensis 1310.

1) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch. §. 288. Pertz. l. c. t. II. Conradi electio 1237.

2) Das Kaiserrecht B. 3, K. 4.

3) Homeyers Sachsenspiegel B. II. S. 319–20. v. Fürth, die Ministerialen §. 122. Schwäb. Lehr. Art. 5. liber Feudorum II. 3, §. 4. 24. §. 1.

4) Capitular. Lib. II. c. 3. III. c. 18, 88.

5) Gengler l. c. Uelzen Rbf. Albrechts 1371. §. 12. Schweidnitz Privileg über Erbrecht 1341, Einleitung. Ueberlingen Rbf. v. Rudolf v. Habsburg v. 30. Juni 1275. Gehrden Rechtsbrief v. 1319. N. 5. Gemünd Rechtsbrief v. König Ruprecht 1401 Einleitung. Distinkt. V, 2, 3. Reyscher Sammlung altwürtembergischer Statutarrechte, Stadt Besigheim, Huldigungsakt v. 1404.

6) Grimm, Weisthümer B. I. Weis. Engelberg S. 3. aus dem 14. Jahrh. Dinghof zu Obermichelbach 1457. S. 658. Niederanspach 1457. S. 662. Dinghof zu Ebersheimünster 1320. S. 667.

7) Grimm l. c. B. I. Dingrotul in Capell. S. 824.

Mutwillen, Bosheit oder Arglist treu ihres Amtes zu warten [1]). Nach den Distinktionen schwört der Richter „ich wel an deme gerichte getruwe sin, glich gewer und recht sin deme armen also deme richen, wettewen unde weysen des unrechten zu schucczen, unde richten deme gaste also deme ingesessen, unde wel das nich lossen dorch lip noch durch leyd, noch durch mynes selbes mutwillen, noch durch keinerleyge hand sachen, also-verne also ich von mynen funf sinnen ummer erkennen kan“ [2]). Die Fürsprecher schwören getreu ihrer Partei zu helfen, mögen auch Schöffen oder sonst mächtige Personen gegen sie auftreten [3]). Die Eideshelfer geloben eidlich, getreu ihre Pflicht zu erfüllen, und weder sich durch Mannes Wort, noch durch Verlockung der Frauen, noch aus Angst für ihr Leben oder für ihre Güter, noch durch irgend sonst was sich abhalten zu laßen [4]). Die Vormünder schwören getreu ihr Amt zu versehen [5]). Derjenige, der wegen

1) Distinkt. III. 1, 1, 2, 3, 4. VI, 21, 4. Grimm l. c. B. I. W. zu Nidda. S. 529. W. in Johannisberg S. 553. W. v. Hornau u. Kelchheim S. 561. W. zu Burgschwalbach 1453. S. 592, Herbstordnung zu Holtingen aus dem 15. Jahrh. S. 820. Pertz, l. c. II. curia Mogunt. 1235. p. 311. c. 15.

2) Distinkt. III. 1, 1. Richthofen l. c. die XVII. Küren K. 3. Giraud essai sur l'histoire du droit français II. Statuta cur. Aquensis de sacramento judicis.

3) Schwäb. Landr. c. 72. 73. Kulmisches Recht v. Leman. B. V. c. 61. Gengler l. c. Trier Schöffengerichtssatzungen v. 1400 u. 1422. S. 490.

4) Richthofen l. c. Gesetze der Westergauer, Eidesformeln aus Wimbritzeradeel. S. 490. thi leedeed.

5) Kul. R. B. V. c. 56. Pertz. l. c. to. II. curia Moguntina 1235. c. 5. Gengler l. c. Nürnberger Statuten aus dem 14

eines gegen ihn erfolgten Verbrechens verspricht vor Gericht, Frieden zu halten, schwört ihn mit fester Treue so lange zu wahren, als der Wind von den Wolken weht, das Gras wächst, der Baum blüht, die Sonne aufgeht und die Welt steht [1]).

Wenn nun auch nicht bei allen besondern Treuverhältnissen immer noch mit einem besondern Eid die Treue beschworen wird, wie z. B. bei den Treuhändern [2]), so pflegt man dagegen bei den Verträgen, ohne Unterschied, ob sie öffentliche oder Privatverhältnisse berühren und ohne daß ein besonderes Treuverhältniß vorliegt, das Versprechen zu leisten, sie in guter Treue zu erfüllen [3]), so daß das

---

u. 15. Jahrh. §. 13, vergleiche auch Freiburger Stadtrecht v. 1293. §. 9. Hörter, constitutio de tutoribus liberorum 1376.

1) Richthofen l. c. Eidesformeln aus Wimbritzeradeel. S. 491. lin. 1—6 „willeth halda mit festa trouwen ende een fulle ende festen ferde alanch ende al deer lang, ende alsoe langhe soe di wynd fan dae vlkenum wayth, ende ghers groyt ende baem bloyt, ende dio sonne op tyocht ende dio wrald steed," mit welchen Worten auch die Form der Friedlosigkeitserklärung übereinstimmt, die lautet, „du sollst friedlos bleiben, so lange der Wind weht, und der Hahn kräht, und soweit als die Sonne auf und zu Thale geht. Grimm l. c. Rheingauisches Landrecht aus dem 14. Jahrh. S. 512.

2) Albrecht die Gewere §. 23, Beseler Erbverträge B. I. §. 15. Schwäb. Landr. c. 172, 191, 359. Kulm. R. V. 34. Dist. VII. 1. 2. 6. 12.

3) Pertz. l. c. convent. cum Med. 1158. dedit. Mediol. 1162. convent. Venet. 1177. reconciliatio Tortonae 1183. pacta Placentin. 1183. Philip. pact. c. Philip. II. reg. Gall. 1198. pax Constantiae 1183. Ottonis pact. c. Adolpho 1202. Ott. pact. c. Johanne reg. Angli. 1202. Philipp. promis. pap. 1205. confoederatio c. Eberhardo, archiepiscop. Salisburg. 1210. conventio cum Theodo. Marchio. Misnens. 1212. v. Stillfrid, monumenta Zollerana N. 132.

Westerwolder Landrecht nicht ohne Grund Treue und Vertrag in gleicher Bedeutung annimmt [1]).

Bei dieser so reichen Zahl rechtlicher Verhältnisse, in denen die Treue vorzukommen pflegt, ist es schwierig, von ihr einen scharf bestimmten, allgemein gültigen Begriff aufzustellen, und sie unter eine streng juristische Formel zu bringen.

Zunächst schließt die Treue jegliche böswillige Absicht, jede Hinterlist aus, denn wo von Treue gesprochen wird, sind mit ihr häufig die Worte „sine malo ingenio, dolo", ohne Arglist, ohne Betrug, verbunden [2]).

Aus dieser Eigenthümlichkeit folgt, daß keiner aus Unwißenheit seine Treue verletzen kann. Ausdrücklich sagt der Sachsenspiegel: „wenn aus Unwißenheit der Mann seinem Herrn schadet, oder umgekehrt der Herr seinem Mann, so verletzen sie ihre Treue nicht" [3]). Nach den Capitularien begeht ferner derjenige, der Eigenthum des Königs ohne deßen Einwilligung an sich bringt, einen Treubruch, wenn er die Beschaffenheit des Gutes wußte [4]). Ebenso ist der Fürsprecher, der gegen sein beßeres Wißen die Sache seiner Partei schlecht führt, verpflichtet ihr allen aus dieser Handlungsweise entstandnen Schaden zu ersetzen [5]).

---

1) Richthofen l. c. Westerwolder Landrecht c. I. §. 1.

2) Siehe die vorhergehende Note 3.

3) Sächs. Landr. III. 78 §. 8.

4) Pertz. l. c. t. I. Capitul. Anseg. l. IV. cap. 32. „quicunque illud (proprium regis) *scienter* per malum ingenium acquirere temptaverit pro infideli teneatur." Schwäb. Landr. c. 296.

5) Kul. R. V. c. 61 §. 4–6. „und vorsumet ouch ein vorspreche eynen der do recht hat myt *wissen* adir myt synem wyllen, der ist ken gote und ouch ken yeme also schuldig.

Mit wahrer Treue ist ferner jede Scheinheiligkeit und Halbheit unvereinbar, mit treffenden und für alle Zeiten und Herrscher gültigen Worten sagt das Kaiserrecht „nu dienten etzlich dem keiser und dem riche mit gantzen truwen, ez sehe der keyser oder nit; etzlich dienten zu *ougen*, daz doch nit vil engalt un hetten ez wol bas getan, hetten sie ez dem riche un dem keiser gegunnit [1])" Eine solche Eigenschaft der Treue ist natürlich dann ohne Wirkung, und schließt folgerichtig ihren wahren Begriff aus, wenn eine aus Furcht oder Zwang entstandne Ursache dem Ursprung und dem Entstehen des Treuverhältnisses zu Grund liegt. Da die Treue aus wahrer, offener, freier und entschiedner Gesinnung hervorgehen soll, so muß ihr Wesen auf einer sittlichen Grundlage beruhen, welcher sittliche Charakter noch bedeutend durch den feierlichen Eid verstärkt wird. Wenn in irgend einem Rechtsinstitut Recht und Sittlichkeit sich berühren und in einander übergehen, so ist es in dem Band der Treue; das Germanische Recht steht hier erhaben über das Römische, das in dem Privatrecht zumal in den Vertragsverhältnissen zunächst nur die rein vermögensrechtliche Natur auffaßt und die innere Gesinnung meistens unberührt läßt.

Mit dieser sittlichen Richtung der Treue steht auch der Grundsatz im engen Zusammenhang, daß in den meisten Fällen, wo ein Treuverhältniß vorliegt, dieses nicht blos auf e i n e r Seite, sondern auf beiden Seiten besteht [2]).

---

alse vil alse her ym vorlorn hot." Ueber sonstige Fälle der Unwißenheit und Absichtslosigkeit siehe auch Schw. Landr. c. 71, 72, 97, 235.

1) Kaiserrecht III. c. 1.

2) Je größer die Treue, desto größer die Gunst. Gengler l. c. Nordhausen Rechtsbrief v. Rudolf v. Habsburg 1290. Einleitung.

Denn unstreitig wird die Neigung zur Treue an Stärke und Kraft verlieren, wenn derjenige, der Treue leistet, nicht ebenfalls Treue von ihrem Empfänger zu fordern hat, und je größer die sittliche Energie und je kräftiger die Persönlichkeit der zur Treue berechtigten Personen ist, desto stärker wird die Lust und Liebe sein, die Treue fest zu wahren.

Durchgreifender Grundzug ist nun, daß in allen den Fällen, wo eine Verpflichtung zur Treue vorliegt, der zur Treue verpflichtete alles aufzubieten hat, um sein Versprechen vollständig zu erfüllen. Er ist gehalten, soweit es überhaupt in der Natur des der Treue zu Grunde liegenden Verhältnisses liegt, nöthigenfalls Geld und Gut, Leib und Leben hinzugeben, seine gesammte physische und juristische Persönlichkeit einzusetzen, um seiner Verpflichtung nachzukommen.

Die Mitglieder der Gefolgschaft haben, wenn sie nicht für immer entehrt sein wollen, ihr Leben für ihren Führer aufzuopfern [1]), die Dienstmannen und Ritter des Reichs sollen mit dem Mut eines Löwen gegen die Feinde des Reichs streiten [2]), die Vasallen haben bei der Vertheidigung ihres Lehnsherrn weder Vater noch Sohn oder Bruder zu schonen, denn Lehnschaft ist soviel wie Stetigkeit der Treue [3]), der Kaiser selbst hat sein Leben zum Wohl

---

1) Tacit. Germania c 14.

2) Kaiserrecht B. III. c. 4. von ihnen heißt es: „er sal unverdroszen sin unrecht ding zu wern, eins lewen mut gen allen den sinen lib zu wagen, die dem riche ungehorsam sin, man sal in an truwen finden, den armen behulfig czu sin zum rechten mit ganzer stete, fridber un wahrhaftig an allen dingen, daz recht sal er minnen, un daz unrecht sal er zerstorn, un die fint un die schedlich sint dem keiser und dem riche.

3) Kaiserrecht III. 8. L. Feudo. II. 28. §. 4.

des Reichs zu wagen [1]), der Richter, der sein soll wie ein grisgrimmender Löwe [2]), hat, erhaben über alle Leidenschaften, selbst über Leib und Leben seiner Verwandten zu richten [3]), der Eideshelfer darf sich weder durch Mannes Wort noch durch Verlockung eines Weibes, noch durch Gefahr seines Gutes oder Lebens abhalten laßen, seine innere Ueberzeugung laut auszusprechen [4]), der Fürsprecher darf sich nicht weigern, seine Stimme selbst gegen die zu erheben, die über ihn richten [5]); die Rathmannen, die Stadtherrn müßen nach ihren Kräften der Stadt Ehre und Frommen wahren [6]), ja der Gefangene, der von seinen Feßeln befreit wird unter der Bedingung, auf seine Treue wiederzukommen, hat sein Wort pünktlich zu halten und sich von selbst den Händen seiner Feinde wieder zu überliefern [7]).

Auch auf dem Gebiet des Privatrechts äußert die Treue ihren strengen Charakter. Derjenige, in deßen treuer Hand Jemand seine Sachen anvertraut, muß auf diese größeren Fleiß verwenden als wie auf seine eigenen [8]), und wird ihm vorgeworfen, die anvertraute Sache beschädigt zu

---

1) Pertz. l. c. II. legatio ad Clement. V., tit. litterae regis 1309.

2) Kaiserrecht I. 6.

3) Sächs. Landr. III. 78. §. 1. Richthofen d. XVII. Kür. f. 3.

4) Richthofen l. c. S. 490. Gesetze der Westergauer thi leedeed.

5) Gengler l. c.

6) Gengler l. c. Brünn Verordnung Johanns Markgrafs v. Mähren. Kulm. R. B. I. c. 1.

7) Sächs. Landr. III. 41. §. 1. Schwäb. Landr. c. 252. Distinkt. IV. 41, 1.

8) Schwäb. Landr. c. 172, 191, weiter unten wird bei der Lehre vom Fleis und vom Zufall erklärt werden, ob der Deutsche den Unterschied zwischen diligentia in abstracto und concreto kannte.

haben, so kann er nicht mit seinem Eid solches leugnen, sondern er muß sich dem Gottesurtheil der Feuer-, Wasser- oder Kesselprobe unterwerfen [1]). Der Vormund hat nach allen seinen Kräften getreulich das Vermögen der Bevormundeten zu verwalten [2]). Zwar wird dieses nicht ausdrücklich gesagt, aber diese Verpflichtung ergibt sich aus den Worten „er (der Vormund) sal in (den Kindern) weder geven, dar to al ir gut, he ne künne se bereden, war he't in ere bederf verdan hebbe, oder it ime, roflike oder van ungelücke unde ane sin scult geloset si [3].")

Ebenso ist der Treuhänder, d. h. derjenige, der von einem andern gewählt und bestellt wird, um als sein Vertreter selbstständig nach Außen hin entweder eine Handlung vorzunehmen oder irgend eine Sache des Vertrauenden zu überliefern [4]), verpflichtet, allen Fleis aufzubieten, um die übernommene Verbindlichkeit auszuführen, er haftet nicht wie ein Römischer Mandatar für diligentia in abstracto, sondern für allen Fleis, den er nach seiner Persönlichkeit aufbieten kann [5]). Wenn der Dritte und seine Erben nicht fähig sind, die Sachen anzunehmen, die ihnen durch die Treuhänder übergeben werden sollen, so können zwar letztere die ihnen anvertrauten Sachen behalten, müßen sie aber dem Geber oder deßen Erben ersetzen [6]), die Rathmannen, welche kraft ihrer Gewere zur treuen Hand das em-

---

1) Schwäb. Landr. c. 359. Kulm. R. V. c. 5. 34, §. 1.

2) Sächs. Landr. I. 23. §. 1. Schwäb. Landr. 26.

3) Sächs. Landr. I. 23. 1.

4) Albrecht, Gewere §. 23. Beseler Erbverträge B. I. §. 16. Zeitschrift für Deutsches Recht v. Reyscher B. IX. Ab. III.

5) Siehe die Lehre vom Fleis §. 4.

6) Distinkt. VII. 1, 12.

pfangene Gut dem Dritten übertragen, müßen diesen vor Gericht vertreten und nöthigenfalls für Eviktion einstehen [1]).

Liegt ein Treuhänder auf dem Todtbett, so hat er eiligst seinen Erben zu offenbaren, was ihm zur treuen Hand anvertraut wurde, denn das Verhältniss zur treuen Hand hört nicht auf mit dem Tod einer Partei [2]).

So vielfach die Treuverhältnisse sind, so mannichfaltig sind auch die Treuverletzungen. Da die Treue auf einer sittlichen, religiösen Grundlage ruht, so enthält der Bruch der Treue zugleich ein Vergehen gegen die Sittlichkeit, gegen die Gottheit selbst [3]). Die einzelnen Fälle von Treulosigkeit können natürlich hier nicht speciell erklärt werden; als allgemeiner Grundsatz gilt für ihre Wirkung, daß je verworfener, je niederträchtiger und unmoralischer die Gesinnung ist, welche der treulosen Handlung zu Grunde liegt, desto härter ist und muß sein ihre Bestrafung [4]). Nicht der Umfang des entstandnen Schadens, nicht der entzogene Gewinn, nicht der eingetretene Vermögensverlust giebt den Ausschlag, sondern die in der Treulosigkeit an

---

1) Albrecht Gewere S. 248—49.

2) Distinkt. VII. 1, 8, 9, Beseler Erbverträge B. I. S. 268—270. N. 283—284.

3) Kul. R. V. 61. §. 4. „vorsumet ouch ein vorspreche eynen, der do recht hat myt wissen adir myt synem wyllen. der ist ken gote.“ Dist. VII. 1, φ „waz schade unde sunde dovone (von ungetreuer hand) queme, dy muste dy ungetruwe hand an der *sele* richten.

4) Schon der tiefsinnigste Dichter des Mittelalters, Dante Alighieri hält den Verrath für das unmenschlichste aller Verbrechen und läßt daher auch den Verräther im tiefsten Kreis der Unterwelt vom Lucifer verzehren. La divina comedia. Inf. cant. XI. v. 63—65.“

Onde nel cerchio minore, oc' è il punto.
Dello universo, in su che Dite siede,
Qualunque trade, in eterno è consunto.

den Tag gelegte Gesinnung. Ein glänzendes Beispiel von dieser Anschauung liefert die Bestimmung, nach welcher derjenige, der eine ihm auf seine Treue hin übertragene Botschaft zu seinem eigenen Vortheil ausrichtet, gerädert wird [1]).

Diese so harte Strafe erfolgt, weil der Verbrecher das vorzugsweise auf die Uneigennützigkeit seines Charakters gebaute Vertrauen auf eine so schmachvolle Weise hintergeht. In den Fällen, wo der zur Treue verpflichtete für seine Treue Grundbesitz oder ein sonstiges dingliches Recht erhält, verliert der Treulose das ihm aus Rücksichten für die Treue überlieferte Gut [2]). Ueberhaupt läßt sich als allgemeine Regel aufstellen, daß der Treulose alles das einbüßt, was er vermöge des Treuverhältnisses erhält, oder ihm versprochen wird. Es entspricht diesem Grundsatz, daß z. B. derjenige, welcher seine Schlacht- oder Heeresgenoßen im Stich läßt, sein Waffenrecht, mithin auch seine Ehre, verliert [3]), oder daß derjenige, der sich gegen seine Volksgenoßen und seinen Herrscher auflehnt, die aus der Volksgenoßenschaft und aus dem königlichen Frieden hervorgegangene Rechte einbüßt, d. h. recht- und friedlos wird [4]), sowie daß überhaupt derjenige, welcher das auf seine besondere Treue, d. h. auf seine Ehre als Freier gesetzte Vertrauen verletzt, die höheren Ehren- und Freiheitsrechte, wie

1) Sächs. Landr. II. 13. §. 4.

2) Kaiserrecht II. c. 113. Pertz. l. c. I. capt. Aquis. 813. c. 20. capitul. Anseg. III. capt. 20, IV. c. 32. Schwäb. Landr. c. 296. II. Feudor. 22. p. 24. §. 7. 26, §. 3. 19. 27. §. 17.

3) Sächs. Landr. I. 40. edict. Rothar. c. 7. Pertz. l. c. I. capt. Ticin. 801. c. 3. Schwäb. Landr. c. 350.

4) Edict. Rot. c. 1. L. Sax. III. 1. Sächs. Landr. III. 48. 2. Kaiserr. III. 4. Siehe auch Wilda, Strafrecht der Germanen S. 987—90. Ueber Fälle von Treulosigkeit bei Unterthanen des Fränkischen Reichs siehe Roth, Beneficialwesen S. 128—142. 392—393.

das Recht, Schöffe, Richter, Zeuge zu werden, verliert[1]).

Von einer Treulosigkeit kann natürlich dann nicht mehr die Rede sein, wenn der Grund, aus dem die Verpflichtung zur Treue besteht, in einem einzelnen Fall hinweggefallen ist. So z. B. kann der Dienstmann dann aus der Schlacht fliehen, wenn sein Herr bereits entflohen ist. Ferner fällt der Vorwurf der Treulosigkeit hinweg, wenn derjenige, der Treue fordert, sich selbst treulos gegen den ihm zur Treue Verpflichteten benommen hat, z. B. wenn Jemand einen Andern treuloserweise gefangen hat und den letztern auf seine Treue losläßt, so braucht dieser nicht wieder sich freiwillig in die Hände seines früheren Gewalthabers zu begeben, und seine Weigerung schadet in keiner Weise seinem Ruf oder seiner Ehre[2]). Ja der Gläubiger, der gegen den Vertrag treulos dem Schuldner gekündigt hat, wird partikularrechtlich gezwungen, die Stadt zu verlaßen[3]), sowie überhaupt derjenige, der eine Schuld auf seine Treue zu bezahlen gelobt hat, weder Bürgen zu setzen braucht, noch auch vor Ablauf des Termins vor Gericht gefordert werden darf[4]). Auch ist die Treulosigkeit ausgeschloßen, sobald der wegen der Treue erhobene Anspruch andern stärkern rechtlichen und sittlichen

---

1) Sächs. Landr. I. 40.

2) Sächs. Landr. III. 41. §. 13.

3) Gengler l. c. Naumburg. Satzung des Stadtr. v. 1375. §. 5.

4) Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer B. I. Stadtrecht v. 1270. A. IX. 7. „bynnen desser stad schal en jewelik man rechtes plegen umme schult, de eme geven wert vor rechte, sunder umme lovede unt truwen Wente en jewelik man mach wol gan uppe sine truwe, also lange went men ene schuldeget umme sine truwe, he ne darf ok nenen borghen setten."

Pflichten oder Berechtigungen widerstreitet. Die Mannen eines Herrn dürfen sich mit gewaffneter Hand ihrem Herrn widersetzen, sobald er unrechtmäßige Gewalt ausübt gegen sie selbst, gegen Bürger und Stadt, gegen Mannen und Magen, oder wenn der Uebermut den Herrn antreibt, sich an seines Mannes Gast, Wirth oder Streitgenoßen zu vergreifen [1]). Der Vasall braucht seinem Lehnsherrn nicht zu folgen in einen unrechtmäßigen Krieg, oder in einen Kampf gegen den älteren Lehnsherrn oder gegen den Kaiser, dem obersten Lehnsherrn [2]).

Niemand, auch nicht einmal der Richter, darf für sich an dem vom König gegebenen und von der Landschaft angenommenen Recht etwas ändern, ausgenommen es streitet solches ganz offen gegen Gott [3]). Denn dann ist die Treue gegen Gott und gegen die göttlichen Gesetze stärker als die gegen den König, gegen die Volksgenoßen und gegen das weltliche Recht.

---

§. 3.

Die Böswilligkeit, der Uebermut, der Mutwille.

In engem Zusammenhang mit der Treue stehen die Grundsätze über die aus Böswilligkeit und aus Fahrläßigkeit hervorgegangenen Handlungen. Denn die Entscheidung der Frage, ob das Deutsche Recht von jeher einen Unterschied zwischen den aus böser Absicht und den aus bloser Verschuldung eingetretenen Folgen gemacht hat, kann nicht

---

1) Sächs. Landr. III. 78. Vetus auctor. de benef. III. 14.

2) Lib. Feud. II. 28. 40. §. 2. p. 52. Sächs. Lehnr. 4. 5. Schwäb. Lehnr. 59. 73.

3) Falck, Jütsches Low Vorrede S. 29.

mehr zweifelhaft sein, nachdem eine aus bloser Unwißenheit vorgenommene Handlung niemals eine Verletzung der Treue enthält [1]). Die Unterscheidung zwischen böswilliger Gesinnung und nicht boshafter Absicht liegt überhaupt zu sehr tief begründet in den Verhältnissen und in der menschlichen Natur, als daß sie nicht von Anfang an im Recht, zumal im Deutschen Recht, wo so viele Rechtsinstitute auf dem Charakter der einzelnen individuellen Persönlichkeit beruhen, vorhanden gewesen wäre.

Die Deutschen Rechtsquellen, sowohl die in Lateinischer als in Deutscher Sprache abgefaßten, sind nun sehr reich an Ausdrücken, um die böswillige Gesinnung zu bezeichnen. Die Lateinischen Bezeichnungen sind: odium, invidia, welche Ausdrücke in einem sehr hohen Grad eine verwerfliche Gesinnung andeuten [2]), astus animus [3]), dolose [4]), enormis perfidia [5]), dolus [6]), malum ingenium [7]), malitia, malignitas [8]), industria, insidiae [9]), maturum consilium [10]), cupiditas [11]),

---

1) Siehe auch den folgenden §. 4.

2) Lex Bajuvar. tt. XI. 7. §. 1. tt. XVI. §. 1. Capit. IV. 197; IV. addit. ad Capit. cap. 130. lex Salic. emenda. IV. §. 5. V. §. 11.

3) Edict. Roth. c. 202. 362.

4) Leg. Luitp. VI. c. 72. Pertz. II. Nicol. statutum de elect. pap. 1059.

5) Capit. I. 117. Gengler, Winterthur Privileg v. 1264. §. 12.

6) Michelsen, Schleswig-Holsteinisch. Urkundensammlung B. I. N. 56. 64. lex Wisig. V. 5. 1. 4.

7) Capt. II. 32. V. 181. 197. 256. Lex. Roth. c. 30.

8) Michelsen l. c. N. 38. Pertz. l. c. I. capt. missor. do. 806. c. 6. Lappenberg, Hamburgische Urkunden N. 418, 420.

9) Addita ad Capitul. III. cap. 61. Capit. VI. c. 5. 6.

10) Michelsen l. c. N. 78.

11) Add. Capitul. III. ad. c. 61.

fraudulenter ac ingeniose [1]), calliditas [2]), studium et fraus [3]), fraus in Verbindung mit dolus [4]), superbia, ausum temerarium [5]), temeritas [6]).

Im Deutschen finden sich die Ausdrücke List, Betrug [7]), Bosheit, Arglist [8]), Gier, böse Absicht [9]), Geverde [10]).

So zahlreich und mannichfaltig nun auch die Anzahl dieser Ausdrücke ist, so scheint doch der Umfang ihrer rechtlichen Bedeutung ziemlich gleich zu sein und kein durchgreifender Unterschied in ihrer rechtlichen Beurtheilung stattzufinden. Allerdings macht das Deutsche Strafrecht einen Unterschied, ob Jemand mit Vorbedacht oder im Zorn ein Verbrechen begeht, z. B. zahlt derjenige, der deliberato animo verwundet, höhere Buße, als der ohne diese Gesinnung Wunden beibringt [11]), und ebenso muß der Todtschläger mit bedachtem Mut und berathenem Rath 400 Mark zahlen, während er sonst nur 100 Mark zahlt [12]).

---

1) Pertz. l. c. I. capit. generali: 825. c. 2.

2) Capt. VII. c. 411.

3) Lex Luitp. tt. 1. c. 14.

4) Pertz. l. c. II., Rom. convent. 1106. leg. Italic. 1158. pact. Eugen. III. 1153, convent. Medio 1158. reconciliatio Terdo. 1184. pac. Plac. 1182. pac. const. 1183.

5) Edict. Rot. c. 361—62. Capit. l. VII. c. 256.

6) Monument. Zolleran. v. Stillfried N. 82.

7) Gengler l. c. Passau Rbf. v. 1300. §. 7.

8) Distinkt. III. c. 1. t. 4. Kaiserrecht I. 20. II. 1. 9. 50. 90. III. 20.

9) Allgemeine Gesetze des westerländischen Frieslands S. 423. §. 2.

10) Grimm l. c. W. I. Engelbrecht S. 3. 4. Heumann, Vairisches Landrecht. tit. I. Schiedsleute t. XXV. v. Fristbereden.

11) Kaiserr. II. 77.

12) Richthofen l. c. Langewold. Kür. 1250. §. 4. Jüt. Low. II. 30. Wilda, Strafrecht der Germanen S. 272. 559—61.

Sonst dagegen herrscht kein Unterschied, ob eine Handlung aus böser Absicht oder aus Uebermut erfolgt. Wer z. B. Jemanden auso temerario todtschlägt, oder ein Weib per superbiam verletzt, leidet gleiche Strafe mit demjenigen, der doloserweise eine solche Handlung vornimmt [1]). Während ferner bei den Römern bezüglich der Gesinnung vorzugsweise der Begriff von dolus in seiner technischen Bedeutung als dasjenige hervorgehoben wird, was den Rechtsbestand der Handlungen, namentlich der Verträge, mehr oder minder bedroht, wird dagegen im Deutschen Recht sowohl bei Vergehen als bei andern Handlungen, wie Verträgen, letztwilligen Verfügungen, Bestellung von dinglichen Rechten, von Uebermut und von Betrug gesprochen, und vor beiden gewarnt als Triebfedern, unrechte Handlungen auszuführen oder die Gültigkeit von Rechtshandlungen anzufechten. Dieser Unterschied ist nicht ohne tiefe Bedeutung für die Gesammtauffaßung des Deutschen Rechts und gewährt zugleich einen tiefen Blick in den individuellen Charakter der Deutschen selbst.

Der Ausdruck Uebermut bezeichnet in seiner wahren Bedeutung die Willkür des Individuums, das nach seinem Belieben verfährt, ohne sich an die gesetzlichen Schranken zu binden. In dieser Eigenschaft drückt sich die kräftige aber zugleich heftige und stürmische Natur des freien Deutschen aus, der im Uebermas seiner Freiheit und im vollen Gefühl seiner individuellen Willenskraft strebt, seinen eigenen Willen an die Stelle des allgemeinen Volkswillens zu stellen und sich über die vorhandenen Rechtsverhältnisse hinwegzusetzen. Da die wichtigern Rechtsverhältnisse meist öffentlicher Natur sind, da der Richter als Vertreter des

---

1) Edict. Rot. cap. 361–62. Capt. VII. c. 256.

Herrschers und des Volks den Frieden über das Grundstück wirkt, da die Parteien selbst einen jeden, welcher das abgeschloßene Rechtsgeschäft anzutasten wagt, mit Geldstrafen, mit Verlust des Erbrechts, mit Entziehung des Standes, mit Acht des Königs bedrohen, da die Kirche, zumal dann, wenn das Geschäft zu ihrem Vortheil gereicht, den Bannfluch gegen solche Uebelthäter schleudert, so wird natürlich ein gewißes Gefühl von trotziger Kraft, ein übervolles Mas von Mut, Uebermut, erfordert, um bei solchen schützenden Mächten unter so nachtheiligen und gefährlichen Folgen dennoch gegen die Gültigkeit der bestehenden Rechtsverhältnisse anzukämpfen. Die Privatverhältnisse erhalten unter solchen Umständen eine gewiße staats-, straf-, ja kirchenrechtliche Färbung, die dem Römischen Privatrecht fern liegt, da dasselbe das Privatrecht fast nur nach seiner vermögensrechtlichen Natur aufzufaßen pflegt.

Aus dieser Eigenthümlichkeit des Deutschen Charakters ist es auch erklärlich, daß im Deutschen Recht der technische Begriff von dolus nach Römischer Auffaßung wenn nicht gänzlich fehlt, doch wenigstens nicht so häufig erwähnt wird [1]), und ebensowenig kann es auffallen, daß nach der eigenthümlichen Natur des Römischen Volks bei seinem Privatrecht sich nur wenige Anzeigen finden, die auf den Begriff von Uebermut hinweisen.

Sehr innig verwandt mit dem Begriff Uebermut ist der Ausdruck Mutwille, der Uebermut und Fahrläßigkeit andeutet.

Zunächst hat eine aus Mutwillen hervorgegangene Handlung oder ein von ihr ausgegangenes Sachverhältniß die Bedeutung, daß hier weder ein factischer noch rechtlicher

---

1) Siehe auch Wilda l. c. S. 559—60.

Zwang vorliegt, und daß die Folgen des Mutwillens für den Mutwilligen so wirken, daß er zwar den aus seinem Mutwillen entstandnen Schaden trägt, sonst aber keine Strafe erleidet. Beispiele von solcher Art sind ziemlich zahlreich. Wenn Jemand aus Mutwillen seine Burg oder sein Haus verfallen läßt [1]), oder ein Herr aus Mutwillen Bürge für seinen Knecht wird [2]), so tragen solche Mutwillige die Folgen ihrer Handlungen, ohne daß letztere nach den Rechtssatzungen bestraft oder für ungültig erklärt werden. Ein noch treffenderes Beispiel giebt das Kulmische Recht, dasselbe sagt „toppil spil ist eyn spil von mutwille. wehn des spiles lustet, der sal dy wurfele vor beseen, unde sal sich vor trogene huten, wenne der richter sal obir toppil spil nicht richten" [3]). Wer spielt soll sich vor Schaden und Betrug hüten, denn das Recht giebt ihm nicht die Befugniß wegen Betrugs zu klagen. Hat Jemand einmal seine Lust und Laune zum Spiel nicht beherrschen können, so trägt er auch mit Grund, ohne sich beklagen zu dürfen, die Folgen seines Mutwillens.

Solche aus Mutwillen hervorgegangene Handlungen nähern sich in der Art den aus Böswilligkeit entstandnen, daß sie ein bestimmtes Bewußtsein, eine bestimmte Absicht voraussetzen, ohne daß jedoch, wie beim dolus, ihnen eine böse Absicht zu Grunde liegt. Der Thäter aus Mutwillen unternimmt die Handlung ohne Unterschied, ob ihm eine solche Handlung Schaden ja Strafe zuzieht, oder nicht. Solche Fälle nun, wo Strafe eintritt, zeigen am deutlichsten, wie dem Mutwillen die Willkür zu Grund liegt. Der Thäter

1) Sächs. Landr. III. 66. §. 4. Schwäb. Landr. c. 123.
2) Schwäb. Landr. c. 174.
3) III. 78.

aus Mutwillen unternimmt die Handlung, weil er seinen Willen in keiner Weise durch den Willen anderer binden laßen will, welchen Satz unter andern folgende Fälle beweisen. Ist Jemand, der von einem andern beschädigt wird, mutwillig, d. h. verschafft er sich selber Recht, ohne die Gerichte des Kaisers um Hülfe anzugehen, so zahlt er zweifache Buße[1]); handlen die Kurfürsten mutwillig, und wählen nicht den zuerst zum König, den alle Fürsten wählten[2]), so sind sie strafbar. In ähnlicher Weise muß der Knecht, der mutwillig, d. h. ohne rechtlichen Grund, den Dienst bei seinem Herrn aufgiebt, den bereits empfangenen Lohn doppelt zurückgeben, und dem Herrn so viel auszahlen, als der Herr ihm bei Eingehung des Dienstverhältverhältnisses versprochen hatte[3]), und ebenso hat der Lehrling, der aus Mutwillen seinem Meister fortgeht, ihm das volle Lehrgeld zu leisten[4]). Auf die willkürliche und strafbare Gesinnung des Mutwillens weisen auch die Worte des Weisthums von Höngg[5]), „wenn Jemand mutwillig und ohne redliche Ursache und aus Ungehorsam aus dem Gericht wegbleibt, so ist er schuldig 3 Schilling zu entrichten.

Während die aus Mutwillen hervorgegangenen Handlungen bald straflos bald strafbar erscheinen, sind dagegen die aus böser, betrügerischer Gesinnung entstandenen Rechtsverhältnisse und Verträge immer strafbar, und der Betrug

1) Kaiserrecht II. 77.

2) Sächs. Landr. III. 57. §. 2.

3) Sächs. Landr. II. 33. §. 3. Schwäb. Landr. edirt von Laßberg. c. 313.

4) Schwäb. Landr. l. c. 313. Heumann, Bairisches Landrecht Tit. X.

5) Grimm l. c. I. W. Höngg S. 7.

äußert im Deutschen Recht eine weit stärkere Wirkung als wie im Römischen. Das Römische Recht läßt vermöge seiner Eintheilung von in ope exceptionis uud ipso jure wirkenden Gründen an und für sich die aus Betrug entstandnen Verträge und sonstigen Rechtsgeschäfte bestehen, das Deutsche Recht dagegen erklärt die aus Böswilligkeit und Betrug eingegangenen Rechtsverhältnisse ipso jure für null und nichtig; das Kaiserrecht sagt ganz allgemein „mit Listen kann Niemand Gut zu eigen machen" [1]). Vermöge seiner mehr formellen Natur beachtet das Römische Recht vorzugsweise den Umstand, daß eine Willenserklärung in äußerer gültiger Form erfolgt ist, das Deutsche Recht aber nach seinem mehr innerlichen sittlichen Charakter geht tiefer ein auf den innern Beweggrund der rechtlichen Handlung. Zugleich aber wird nicht allein die vermögensrechtliche Benachtheiligung des Betrogenen berücksichtigt, sondern auch das persönliche Verhältniss, in dem der Betrüger zum Betrogenen und zur Obrigkeit steht.

Wenn daher Jemand bei einem Kaufgeschäft eines Betrugs überführt wird, so zahlt er in Passau dem Richter achtzehn Schilling [2]); betrügt in Dissenhofen Jemand beim Verkauf eines Grundstücks, so beträgt seine Strafe drei Pfund Silber an den Grafen, eins an die Stadt, drei Solidi an den Schultheiß [3]) und sucht Jemand, der ein Gut zu lebenslänglicher Nutznießung erhalten hat, dieses betrügerischerweise seinem Eigenthümer zu entziehen, so ver-

---

1) Kaiserr. II. 90.

2) Gengler l. c. Rbf. des Bischofs Bernhard v. 2. Jul. 1360. §. 7.

3) Gengler l. c. Diessenhofen Handfeste v. 1260. §. 31.

liert er sogleich das Gut, und kann außerdem noch gepei-
nigt werden [1]).

§. 4.

Die Schuld, der Fleis, der Unfleis.

Den Gegensatz zu solchen Handlungen, denen Bös-willigkeit oder Uebermut zu Grund liegt, bilden die, wo nur eine Verschuldung vorhanden ist. Man hat aber das Wort Verschuldung nicht als eine Römische culpa, c. lata oder levis, aufzufaßen. Denn dieser Ausdruck culpa hat in den Quellen des Deutschen Rechts eine weit andere Bedeutung als wie in denen des Römischen. Culpa bedeutet in den ältesten Deutschen Rechtsquellen ein Vergehen, ohne Unterschied, ob solches aus Böswilligkeit oder grober Fahrläßigkeit erfolgt ist [2]). Ferner bezeichnet culpa die einer Handlung zu Grund liegende Gesinnung und Denk-weise, und nähert sich insoweit der Römischen Bedeutung, ohne jedoch eine böswillige Absicht vollständig auszuschließen. Das Wort culpa deutet öfters mehr auf eine absichtlich herbeigeführte als auf eine durch blose Nachläßigkeit entstandne Thatsache; so unterscheidet z. B. das Westgothische Recht, ob das einem Dritten zur Bewahrung überlieferte Thier durch deßen Schuld oder durch deßen

1) Kaiserrecht II. 76.

2) **Luitprand l. VI. 99. „si quicunque homo . . . fecerit furtum aut scandalum, aut adulterium, non habet unde solvat, dare debeat eum Publicus in manu ejus, cui talem fecerit *culpam.*“ Lex. Salic. tt. 43.**

Nachläßigkeit umkam [1]). Mit der culpa ist jedoch keineswegs immer eine böse Absicht verbunden, denn im vierten Kapitel l. c. wird der durch fraus verursachte Verlust einer Sache dem durch culpa veranlaßten gegenübergestellt [2]). In den Rechtsbüchern des Mittelalters wird der Ausdruck Schuld überhaupt gebraucht, um irgend welche Rechtswidrigkeit zu bezeichnen, ohne Unterschied, ob solche nach unserer jetzigen Anschauung einen Verstoß gegen das Criminal- oder Civilrecht enthält, und ohne zu unterscheiden, ob der Grund der Verschuldung auf einer Nachlässigkeit oder auf einer bösen Absicht beruht. Der Sachsenspiegel sagt ganz allgemein: „wenn Jemand wegen irgend einer Schuld, mag nun solche entstanden sein aus Nichtbezahlung einer Geldschuld oder aus Versäumniß eines Aufgebots oder aus irgend einem andern Grund Buße erlangt, so soll der Richter Wette erhalten“ [3]). Ebenso soll der Vormund das durch seine Schuld dem Bevormundeten verloren gegangene Gut ersetzen, ohne daß man unterscheidet, ob der Grund des Untergangs auf Nachläßigkeit oder Betrug beruht [4]). Auch sagt der Schwabenspiegel: „man soll den Mann büßen nach seiner Geburt und Würdigkeit, und darnach die Schuld ist [5]).

---

1) Lex. Wi. V. tt. 5. c. 1. „praebeat sacramentum ille, qui commendata vel commodata susceperat, quod non per *suam culpam* neque per *negligentiam* animal morte consumptum sit.“ tt. 5. 5. c. 4, siehe auch Jüt. Low. III. 54. 4.

2) Siehe auch lex Wis. VIII. tt. 3. 13. tt. 4. 14.

3) Sächs. Landr. I. 53. §. 1. siehe auch Pertz. l. c. II. encyclicae de hoste facienda 1162.

4) Sächs. Landr. I. 11. I. 23. §. 1. Schwäb. Landr. c. 57, siehe auch Sächs. Landr. II. 32. §. 2. III. 5. §. 3. III. 48. §. 3. Pertz. II. conv. Ticinensis 1081.

5) Schwäb. Landr. c. 150.

Einen ganz deutlichen Beweis für den Satz, daß Schuld eine beabsichtigte und eine absichtslose Handlung bezeichnen könne, liefert auch die Stelle des Sachsenspiegels, wo gesagt wird, ist ein Vieh gelähmt oder getödtet durch Schuld eines Mannes aber doch ohne seinen Willen[1]). Mit dieser Bedeutung von Schuld stimmt auch noch unsere jetzige Art und Weise zu sprechen überein, denn wir gebrauchen den Ausdruck Schuld, um bei den Verbrechen eines Menschen anzuzeigen, in welchem Grad die That entweder seiner schlechten oder fahrlässigen Denk- und Handlungsweise zuzurechnen ist.

Während der Ausdruck Schuld von sehr verschiedenartiger Bedeutung ist, sind dagegen viele Ausdrücke vorhanden, die entweder eine pflichteifrige oder fahrläßige Gesinnung bezeichnen. Die Lateinischen Ausdrücke sind, diligentia, das Gegentheil, negligentia[2]), cura, studium, ops, opera, sedula vigilantia, mit ihren Gegensätzen, incuria, tarde, temere, inornate[3]), die Deutschen Ausdrücke

---

1) Sächs. Landr. III. 48. 3. Vergleiche auch noch Schwäb. Landr. c. 50. 154. Sächs. Landr. III. 91. Kulm. R. V. 34. §. 2.

2) Lex. Burg. tt. 76. Canciani leg. Barbar. II. formul. Big. f. 15. I. lex Lotharis c. 45. Capitular. L. I. 117. II. 26. Lex Wisig. V. 5. 1. 4. Walter corp. jur. ger. III. capit. de villis c. 16. 34. for. Sürm. f. 15. 38. 59. fo. Lindenb. f. 19. 25. 72. 150. Pertz. I. capt. missor. dominic. 806. c. 6. capt. missor. 825. c. 2. capi. Aquisgr. 825. c. 20 21. capit. Anse. II. c. 4. 5. 23. 26. 28. contt. Worm. 829. c. 1. 5. contt. papiensis 832. c. 13. Pertz. II. curia Mog. 1100, cur. Worm. 1137. cur. Nurnb. 1273.

3) Walter l. c. Sürmondi. f. 15. fo. Lindenb. f. 19. Captlar. II. c. 4. 5. 26. 28. Pertz. I. capt. Aquisg. 825. c. 19. capt. missorum c. 2. 825. c. 2. II. constt. de pa. ten. 1156. c. 16.

sind Fleis mit den entgegenstehenden Bezeichnungen, Unfleis, Wahrlose, Wahrlosung, Nachläßigkeit, urgamelice [1]).

Während der Unterschied zwischen Böswilligkeit, Uebermut und Mutwillen nicht scharf genug in den Quellen hervortritt, ist dagegen der Unterschied zwischen beabsichtigter und nicht beabsichtigter Handlung zu stark, um sich nicht auch bereits schon in den ältern Rechtsquellen geltend zu machen. Vorzugsweise war die Geistlichkeit und die christliche Kirche, welche nach ihren Grundsätzen die innere Beweggründe der einzelnen Handlungen, zumal bei Verbrechen, zu erforschen suchte, bemüht, eine scharfe Grenze in der Beurtheilung der einzelnen Beweggründe aufzustellen. Die Capitularien stellen über diesen Punkt folgenden inhaltsreichen Grundsatz auf: „ea vero quae ex *industria* ad cujuslibet libidinem explendam idcirco fiant, ut eleemosynis redimantur nequaquam iis redimi *possunt*, quia qui hoc perpetrant, videntur Deum mercede conducere ut eis impune peccare liceat. Non ergo idcirco quis peccare debet, ut eleemosynam faciat, sed ideo eleemosynam facere debet quia peccavit“ [2]).

Mit noch weit bestimmteren Worten aber stellen die leges Angliae nach einem Ausspruch der Geistlichkeit als allgemeine Regel den Grundsatz auf, daß derjenige, der aus Absicht ein Verbrechen begeht, dem unfreiwilligen Verbrecher nicht gleichsteht [3]). Dieser Unterschied äußert zunächst im Strafrecht seine Wirkung. Die aus Nachläßigkeit er-

1) Sächs. Landr. I. 23. §. 2. II. 38. 39. Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 201. 223. Richthofen, Bolswarder Sendrecht §. 35. 36.

2) Canciani l. c. Capitular. additio III. c. 61.

3) „Si contigerit ut quis *involuntarie* aut *fortuito* aliquid malefecerit, non si aequalis ei, qui sponte et de industria ipse malefecerit.“

folgten Tödtungen werden nur mit Geldstrafe gebüßt, und haben keine Fehde zur Folge, während die absichtlich geschehenen Todtschläge wenigstens mit Wehrgeld und Buße, wenn nicht häufig mit dem Tod bestraft werden [1]), welche Grundsätze bereits die Volksrechte anerkannt hatten [2]). Uebrigens ist hier wohl zu beachten, daß im ältern Recht der Zufall so ziemlich gleiche Wirkungen wie die Nachlässigkeit gehabt hat [3]).

In gewißen Fällen ist sogar die Handlung straflos, wenn die schlechte Absicht fehlt, so ist z. B. derjenige, der Güter der Armen an sich bringt oder einen Proceß führt oder unterstützt, nur dann strafbar, wenn er solches in schlechter Absicht vornimmt [4]). Wenn freilich die Nachläßsigkeit alle Regeln der Sorgsamkeit übersteigt, sich gewißermaßen der Römischen culpa lata nähert, dann kann selbst die Todesstrafe wegen Nachläßigkeit eintreten. Denn fällt Jemand einen Baum, der dem öffentlichen Wege nahe steht, ohne die Vorübergehenden vor dem Fall zu warnen, oder schießt an einem öffentlichen Weg, wo die Leute zu gehen pflegen, und trifft einen Vorübergehenden tödtlich, oder wirft er an einem öffentlichen Platz einen Wagen um, der einen Vorübergehenden erschlägt, so trifft einen solchen Unvorsichtigen die Todesstrafe [5]).

---

1) Cap. tit. V. 236. VI. c. 5. 6. VII. 212. 256.

2) Lex Fris. ad. sap. III. 69. Lex. Sax. tt. 12. §. 5. Edict. Rot. c. 75. Lex Wisigotho VI. 15. 5. 6. 7. 8. 9.

3) Siehe unten die Lehre v. casus §. 7, wo specieller das Einzelne erklärt wird.

4) Pertz. I. capit. quae in leg. S. mitt. 801, c. 4. capit. except. 826. c. 4. siehe auch cap. Anseg. III. c. 53. c. 27. Canciani l. c. capit. V. c. 181. 256. Kaiserrecht I. c. 20.

5) Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 182. 183. 184.

Bei der Erklärung des Begriffs von Nachläßigkeit ist natürlich von der höchsten Wichtigkeit zu wißen, ob das Deutsche Recht, ebenso wie das Römische, ein besonderes damnum injuria datum hervorhebt, ob es ferner einen Unterschied zwischen culpa lata und culpa levis kennt und bei der letztern diligentia in abstracto und concreto unterscheidet.

Der Grundsatz des Römischen Rechts, daß derjenige, der eine positiv widerrechtliche Handlung vornimmt, allen den Schaden ersetzen muß, den diese Handlung nach sich zieht, gilt auch im Deutschen Recht, das ja selbst bei fast zufälligen Handlungen eine Verbindlichkeit des Schadensersatzes eintreten läßt [1]).

Jedoch hat das Deutsche Recht hier einige Grundsätze, die ganz von dem Geist der Bestimmungen der lex Aquilia abweichen, und ihr Grundprinzip sowohl erweitern und ausdehnen, als auch beschränken und umändern.

Da nemlich nach dem Compositionensystem fast für alle Verbrechen Geldstrafen bestehen, so beruht in gewißer Weise das gesammte ältere Deutsche Strafrecht auf den Grundsätzen des Schadensersatzes, also auf Bestimmungen, die vergleichbar sind mit den Grundsätzen der lex Aquilia. Sie, welche nur auf Schaden an Sachen und Sklaven geht, umfaßt auch in dieser Weise die zahlreichen Arten der Verletzungen von freien Personen. Die für die einzelnen Gattungen und besonderen Fälle der persönlichen Verletzungen und der sachlichen Beschädigungen ein für allemal bestimmten Geldstrafen und Entschädigungssummen schließen aber vollständig aus die Werth-Berechnung der Römer nach dem letzten Jahr oder nach den letzten dreißig Tagen. Wenn

---

1) Siehe die Lehre vom Zufall §. 7. 8.

ferner nach Römischem Recht aller Gewinn ersetzt werden muß, den der Beschädigte hätte wirklich machen können, sobald die Beschädigung nicht eingetreten wäre, so ist eine solche feine Berechnung den einfachen Verhältnissen des älteren Deutschen Rechts fremd. Der geringe Verkehr, die Vertretbarkeit der einzelnen Sachen durch andere bewirken, daß so leicht nicht die Berechnung eines entzogenen Gewinns und verletzten Interesses möglich ist.

Allerdings können, namentlich bei Verträgen, Fälle vorkommen, wo nicht allein der wirkliche positive Schaden sondern auch der entgangene Vortheil ersetzt werden muß. So z. B. ist der Herr, der seinem Knecht nicht zur gehörigen Zeit den Lohn entrichtet, verpflichtet, ihm allen dadurch entstandenen Schaden und entzogenen Vortheil zu ersetzen [1]). Aber sonst gilt als Regel, daß derjenige, der einen Vertrag, namentlich einen sich auf Geldleistungen beziehenden nicht an dem festgesetzten Tag erfüllt, nicht zu ersetzen braucht den Schaden, den sein Mitcontrahent wegen dieser Nichterfüllung erlitten hat. Nur wenn solches ausdrücklich bestimmt ist, wird Schadensersatz geleistet.

In Bezug auf den feinen Unterschied des Römischen Rechts zwischen diligentia in concreto und in abstracto kennt das ältere Deutsche Recht keine diligentia in abstracto. Dasselbe kann seiner einfachen, concreten Natur nach nicht in einer ideellen Auffaßung einen Grad des Fleises fingiren, der als ein abstraktes Muster in gewißen Fällen befolgt werden soll.

Denn die Annahme einer diligentia in abstracto, als nachzuahmendes Vorbild von Fleis, setzt bereits eine solche

---

1) Kaiserrecht II. 30. Man vergleiche übrigens über diese Regel die Lehre von den Zinsen und von dem Verzug.

wißenschaftliche nach einem bestimmten System durchdachte und geordnete Auffaßung der einzelnen Vertragsverhältnisse, und zugleich eine solche Nichtberücksichtigung der individuellen Persönlichkeit der Contrahenten voraus, wie sie dem natürlichen und zugleich mannichfaltigen Charakter des älteren Deutschen Rechts fremd ist und fremd sein mußte.

In den Quellen wird ein Aufwand von Kraft und Anstrengung erwähnt, wie dieser je nach dem einzelnen Fall und je nach der besonderen Natur des Einzelnen möglich ist. Dieser Grundsatz, daß der Einzelne nach seinem Vermögen das Rechtsverhältniss zu wahren und zu erfüllen hat, gilt nicht nur für die besondern Treuverhältnisse, sondern überhaupt für die Verträge, und hängt innig zusammen mit der innerlichen Natur des Germanischen Rechts. Während das Römische Vertragsrecht vermöge seiner fest abgegrenzten, rein vermögensrechtlichen Auffaßung bei den einzelnen Privatverhältnissen die persönliche Individualität ihrer Träger unter der Rücksicht auf das Vermögen meistens zurücktreten läßt, tritt in dem Deutschen Recht, vermöge des innigen Zusammenhangs zwischen der Persönlichkeit und dem Vermögen auch die Person in den rechtlichen Vordergrund, und das einzelne Rechtsverhältniss erscheint nicht als losgerißen von der Persönlichkeit, sondern selbst bei den privatrechtlichen Beziehungen behauptet die individuelle Persönlichkeit ihre Gültigkeit. Bei den verschiedenartigsten Verträgen versprechen die einzelnen Parteien nach ihren Kräften ihren Verpflichtungen nachzukommen [1]). Denn ein Grund-

1) Pertz. II. convent. Lausann. 1279. pax cum Carolo rege Sic. 1280. cur. Nurnberg. 1303. c. 36. pax c. archiepisc. M. 1302. Grimm I. Weyler S. 362 „der Frohnbepflichtige soll seine Frohnde leisten, als er der best kann."

satz des älteren Deutschen Rechts ist, die einzelnen Persönlichkeiten und Rechtsfälle nicht nach einem abstrakten Muster, sondern nach ihrer besonderen Individualität zu beurtheilen. Diese Verpflichtung nach dem besten Vermögen zu leisten, schließt jedoch keineswegs den Satz aus, daß eine leichte Vernachläßigung ungeahndet gelaßen wird, so z. B. sollen die missi nur dann die Bischöfe und Großen ermahnen und strafen, wenn sie aliquid negligentius ihren Dienst versehen [1]), sowie denn überhaupt je nach den Umständen eine Rechtfertigung der Versäumniss zugelaßen wird [2]).

Da das Deutsche Recht eine Leistung des Fleises je nach den Kräften des Einzelnen verlangt, so ergiebt sich als natürlicher Masstab für die Berechnung dieses Fleises, der Fleis, den Jemand in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Denn in Verwaltung und Leitung der eigenen Angelegenheit zeigt sich ja deutlich und klar, wie beschaffen die Kräfte des Einzelnen sind, und wie weit der Fleis einer Persönlichkeit reicht. Der Grundsatz des Römischen Rechts, daß bei der societas der eine Contrahent hauptsächlich im Vertrauen auf die persönliche Tüchtigkeit und den persönlichen Fleis des Mitcontrahenten deßen socius wird, läßt sich als allgemeine Grundregel für alle Deutschen Verträge festhalten.

Mithin liegt die Vermutung nah, im älteren Deutschen Recht hätten die Römischen Grundsätze über diligentia in concreto ganz allgemein gegolten. Diese Ansicht ist jedoch genau und sorgfältig zu prüfen, und speciell müßen die einzelnen Fälle erörtert werden, da die Lehre vom Beweis

1) Pertz, l. c. capit. Anseg. II. 26. capt. missor. 825. c. 2.
2) Form. Sür. f. 38. for. Linden. f. 19.

und vom Zufall im Deutschen Recht hier ganz anders als wie im Römischen Recht einwirken. Das Deutsche Recht macht keinen Unterschied zwischen culpa levis in concreto und culpa lata in concreto. Nach dem Römischen Recht unterscheiden sich beide hauptsächlich in der Beweislast. In dem Falle, wo Jemand der culpa lata in concreto beschuldigt wird, muß der Kläger gegen den Verklagten, der nur ein geringes Versehen begangen haben will, beweisen, daß derselbe in den fremden Angelegenheiten nicht den Fleis als wie in seinen eigenen angewandt hat. Bei dem Vorwurf der culpa levis in concreto dagegen muß der Verklagte beweisen, daß das von ihm begangene Versehen ein geringes ist, das er sich ebenfalls in seinen eigenen Angelegenheiten zu Schulden kommen läßt.

Nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts aber hat der Verklagte zu schwören, daß ohne seine Schuld die ihm obliegende Verpflichtung nicht erfüllt werden konnte, und daß die Sache weder aus böser Absicht noch aus Nachläßigkeit von seiner Seite zu Grunde gegangen ist [1]).

Mit diesem Eid, den der Verklagte allein ohne Eideshelfer oder Zeugen zu schwören pflegt, hat sich der Kläger zufrieden zu geben. Denn Fleis, Nachläßigkeit, Fähigkeit, Absicht sind innerlicher subjectiver Natur, über die zunächst der angebliche Thäter zu entscheiden hat [2]). Nur dann wenn der Kläger gleich beim Beginn seiner Klage den Angeklagten mit Zeugen einer nachläßigen oder absichtlichen

---

1) Lex Bajuvar. tt. XIV. c. 1. §. 3. „tamen ratio est, ut praebeat sacramenta ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam neque per negligentiam mortua consumta sit.“ Lex Wisigot. V. 5. l. 2. 4. Sächs. Landr. III. 5. §. 3. 4. Schwäb. Landr. c. 26.

2) Siehe auch die Lehre vom Beweis.

Handlungsweise beschuldigen würde, wäre nach den späteren Rechtsbüchern der blose Eid des Verklagten ausgeschloßen.

Mit der Berechtigung des Verklagten mit seinem Eid zu beschwören, daß ohne seine Schuld ein Unglück eintrat, ist auch die Eintheilung von culpa lata in concreto und culpa levis in concreto von selbst aufgehoben. Denn der Verklagte wird unstreitig zu den Fällen, die ohne seine Schuld eingetreten sind, auch die rechnen, bei denen ein kleines Versehen vorkam. Man vertraut der Gewißenhaftigkeit des Verpflichteten an, wie weit er in seiner Anschauung von Schuld und Nachläßigkeit geht.

Außerdem bestehen aber auch noch innere Gründe, aus denen das Deutsche Recht keinen Unterschied zwischen culpa levis in concreto und zwischen culpa lata in concreto macht und machen kann.

Während im Römischen Recht derjenige Contrahent, der keinen Vortheil aus dem Vertrag zieht, nur culpa levis in concreto zu leisten hat, werden im Deutschen Recht dergleichen Rechtsverhältnisse anders aufgefaßt.

Nach dem Deutschen Recht nemlich entschuldigt die factische Unwißenheit, die bona fides, in keiner Weise von der Verpflichtung, für jede Sache einzustehen, und zwar selbst für eine solche, die man unentgeltlich hingiebt. Der Schenker muß dem Beschenkten die Sache ersetzen, wenn sie dem letzteren der wahre Eigenthümer entzieht [1]). Diese Regel ist zunächst ein Anwendung des Grundsatzes, daß der Mann das, was er gelobet hat, halten muß. Der gutgläubige Schenker, der gutgläubige Verkäufer einer fremden Sache verspricht stillschweigends diese Verträge zu halten. Wird also dem Be-

1) **Lex Luitp. V. 14.** vergleiche auch §. 5.

schenkten, dem Käufer die empfangene Sache entzogen, so muß der Schenker, der Verkäufer, mag er bereichert sein oder nicht, für die Sache einstehen. Denn sonst brechen sie ihr Versprechen.

Diese Verpflichtung ist zugleich eine Folge von der Regel, daß demjenigen, dem eine Sache gegen seinen Willen auf unrechtmäßige Weise entzogen wird, durch keinen Akt dritter Personen, sofern sie nicht vor Gericht ein Rechtsgeschäft über eine entzogene Immobilie vornehmen, ferner durch keinen Zeitlauf sein Recht an der Sache verlieren kann [1]).

Ferner aber auch kommt in allen den Fällen, wo Jemand freiwillig mit Vorbehalt seines Eigenthums seine Sache einem Dritten überliefert, ein gegenseitiges nicht einseitiges Verhältniss zur Anwendung.

Werden Grundstücke überliefert, an denen ja dann dem Ueberlieferer eine juristische Gewere nach irgend einer Beziehung hin verbleibt, so pflegt gewöhnlich dieses zum gegenseitigen Vortheil, wie z. B. bei Lehn-, Leih-, Pachtgütern, zu geschehen. Der Empfänger erhält eine Gewere und dem Geber bleibt eine an ein und demselben Gut. Wie die Personen nun in Bezug auf ihr gegenseitiges persönliches Verhältniss gegeneinander sich ohne Schuld zu betragen haben, so auch müßen sie in Bezug auf das ihnen beiden zustehende Grundstück ohne Schuld treu gegeneinander verfahren. Denn beide haben ja ein wohlbegründetes Interesse an der sorgfältigen Bewahrung der Sache. Da also hier auf beiden Seiten der Contrahenten Vortheile

---

1) Lex Baj. tt. XV. 4. §. 3. Kul. R. V. 43. 3. 4. Schwäb. Landr. c. 329.

mit der Sache verbunden sind, so würde selbst nach Römischer Anschauung hier auf keiner Seite irgendwie blose culpa lata in concreto zu leisten sein.

Ueberliefert der Eigenthümer mit Vorbehalt seines Eigenthums seine bewegliche Sache einem Dritten, so muß wenn auch nicht aus ganz gleichen, doch aus sehr ähnlichen Gründen dieselbe Regel zur Anwendung kommen. Denn wenn gleich in solchen Fällen der Eigenthümer die Gewere an seiner Sache verliert, so verbleibt ihm doch sein Eigenthum, und er hat fast in allen Fällen zugleich auch rechtlichen Vortheil von der Ueberlieferung der Sache. Denn verleiht er oder deponirt er seine Sachen einem Dritten, und bezahlt diesen für ihre Annahme und Aufbewahrung, so hat der Dritte ja alle Gefahr der angenommenen Sache zu tragen, und ihr Eigenthümer hat nichts vom Zufall zu fürchten [1]). Ja nach dem späteren Recht geht, mit Ausnahme des natürlichen Todes, bei geliehenen Thieren auf den Commodatar selbst dann die Gefahr der geliehenen Sache über, wenn er ohne Gegenleistung von seiner Seite umsonst die Benutzung der Sache erhielt [2]). Ferner pflegt sehr häufig eine Sache, namentlich Vieh, verliehen zu werden, mit dem Recht, gleiche Gegenleistung zu fordern [3]).

Das Commodatsverhältniss ist also in solchen Fällen nach Deutsch rechtlicher Anschauung kein einseitiges, sondern ein zweiseitiges, wo also ein jeder der Contrahenten wegen

---

1) Lex Bajuv. tt. XIV. c. 1. §. 1. 4. Lex Wisig. V. 5. 1. Kul. R. V. 31. 1.

2) Sächs Landr. III. §. 4. Kul. V. 34. 1. Ueber das Depositum siehe weiter unten.

3) Siehe Schwäb. Landr. v. Laßberg. c. 224.

seines Vortheils den andern den Fleis zu leisten hat, den er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Der Empfänger der fremden Sachen, der die Gewere an ihnen erhält, wird ebenfalls den Fleis, den er auf seine eigenen Sachen verwendet, auf die fremden verwenden müßen. Denn nichts ist doch natürlicher, als daß ich gegen alle beweglichen in meiner Gewere befindlichen Sachen, mögen sie nun in meinem Eigenthum stehen oder nicht, gleichmäßig verfahre, oder keine von ihnen wenigstens nicht so behandele, als hätte ich kein rechtliches Interesse an ihrer Erhaltung. Die Grundsätze des Römischen Rechts, nach denen der Inhaber einer fremden Sache zu ihr nur in einem mittelbaren, persönlichen, nicht unmittelbaren, dinglichen Verhältniss steht, was für den Fleis einflusreich ist, kommen hier nicht zur Anwendung. Uebrigens ist diese Anwendung von solchem Fleis dann höchst natürlich, wenn der Inhaber einen besondern Vortheil von dem Besitz der Sache hat, z. B. sich freiwillig erbot, die Sache in Empfang zu nehmen, um sie mit Berücksichtigung seines Vortheils zu verkaufen [1]), oder um sie gegen Lohn zu verarbeiten [2]), oder überhaupt dafür Lohn erhielt, daß er sie in seine Gewere nahm [3]).

Von großer Wichtigkeit ist hier der Fall, wo Jemand bei einem Dritten eine Sache deponirt, d. h. deßen treuer Hand anvertraut, entweder damit er sie bewacht, oder sie zum Verkauf ausbietet.

Im ältesten Recht gelten hier folgende Regeln. Wird dem Treuhänder die deponirte Sache gestolen, so wird ihm

---

1) Cap. L. VII. c. 298.

2) Kul. R. V. 33.

2) Lex Baj. tt. XIV. Lex Wis. L. V. 5. 1.

eine bestimmte Zeit übrig gelaßen, um dem Dieb nachzuspüren, erreicht er ihn, so hat er allein die Befugniss, die Strafsumme für den begangenen Diebstal an sich zu nehmen, während er die dem Dieb abgenommene Sache wieder zurückgiebt. Kann er dagegen in der festgesetzten Zeit den Dieb nicht erreichen, so hat er bald ganz [1]), bald zur Hälfte die deponirte Sache dem Eigenthümer zu ersetzen [2]). Uebrigens scheinen die Capitularien später ebenfalls die Verbindlichkeit, die Sache vollständig zu ersetzen, angenommen zu haben, da Capit. 23. L. VI. sagt, „si furto sublatum fuerit commendatum, restituat damnum domino suo.“

Von dieser Ersatzverbindlichkeit kann ihn auch nicht der Beweis befreien, daß seine eigenen Sachen mit gestolen sind, und daß er also auf die fremde Sache denselben Fleis wie auf seine eigene verwandt hat. Denn während sonst, wie sich gleich zeigen wird, der Verlust von eigenen Sachen bei andern Unglücksfällen allerdings entschuldigt, wird doch nirgends in den Quellen der Diebstal von eigenen Sachen als Entschuldigungsgrund erwähnt. Man könnte aus diesem Grund nicht ohne Ursache annehmen, daß die Regel, Hand muß Hand wahren, ursprünglich zuerst nur für den Fall gegolten hätte, wo dem Treuhänder die deponirte Sache gestolen wird, und er nun, ohne im Stande zu sein, sie wieder zu erlangen, zu ihrem

1) Luit. p. leg. l. VI. c. 8. „ille qui res suas commendavit, recipiat eas ab ipso, de cujus casa perierint, et ipse, de cujus casa exivit furtum ipsum, quaerat ab ipso fure, et tollat compositionem.“

2) Lex Baj. XIV. c. 4. „et si fur non fuerit inter statutum tempus inventus, medietas rerum commendatarum domino suscipiente reddatur, damnum vero ex medio uterque sustineat.“ Lex Wisigot. l. V. tt. 5. c. 3. Capit. l. V. c. 335.

Ersatz verpflichtet ist, d. h. daß seine Hand das ihr anvertraute Gut zu wahren, sonst nöthigenfalls zu ersetzen hat. Der Vortheil, allein vom gefangenen Dieb die Strafe für den Diebstal zu erhalten, gleicht sich mit der Verpflichtung aus, dem Deponenten die Sache zu ersetzen, wenn der Dieb nicht gefangen wird.

Sobald dagegen nicht durch einen Diebstal die deponirte Sache wegkommt, sondern dieselbe durch irgend ein anderes Unglück, wie Brand, Schiffbruch, in Verbindung mit eigenen Sachen des Treuhänders zu Grund geht, oder vom Feinde genommen wird, so ist der Treuhänder von allem Schadensersatz frei, wenn er dieses Unglück durch Zeugen beweist [1]). Das Westgothische Recht hat den Grundsatz „es entscheidet, ob der Treuhänder an seinen eigenen Sachen Schaden erlitt oder nicht", am weitesten folgerichtig durchgeführt. Gehen nemlich bei einem solchen Unglücksfall, wie Brand, Schiffbruch u. s. w. nur die Sachen des Deponenten zu Grund, so muß der Empfänger sie alle ersetzen. Man zieht den Schluß, daß er, der bloß allein seine Sachen rettet, nicht den gehörigen Fleis auf die Rettung der fremden Sachen verwandt hat. Gehen dagegen nur seine Sachen zu Grund, die fremden aber werden alle gerettet, so wird ihm verhältnissmäßig ein Ersatz von dem Eigenthümer der geretteten gegeben, weil man annimmt, es wäre

---

1) Lex Wisigot. V. tt. 3. „si alicui aurum, argentum aut ornamentum vel species fuerint commendatae si perierit, vel in domo ipsius qui accepit cum rebus ejus fuerit incendio concrematum, una cum testibus veniat ille qui commendata susceperat, et praebeat sacramentum, quod nihil exinde suis profuisset compendiis, et nihil cogatur exsolvere, excepto auro et argento, quod ardere non potuit."

ungerecht, daß Jemand mit Vernachläßigung seiner eigenen Sachen seine Mühe allein aufopfert zur Rettung von fremden Gütern. Hat der Treuhänder nur einen Theil seiner Sachen gerettet, dagegen alle fremden Habseligkeiten verloren, so ist er verbunden, nach Schätzung des Richters verhältnissmäßig die verlorenen zu ersetzen [1]).

Das Deutsche Recht erläßt dem Treuhänder also die Verbindlichkeit, die fremden untergegangenen Sachen zu ersetzen, wenn er beweist, daß er auf die fremden Sachen denselben Fleis wie auf seine eigenen angewandt hat, eine Bestimmung nach welcher hier die Römische diligentia in concreto scheint angenommen werden zu können. Aber das Deutsche Recht hat für die Beurtheilung der diligentia in concreto einen ganz andern Masstab als das Römische, dasselbe verlangt seiner concreten Natur nach einen reellen augenscheinlichen Beweis von gleichem Fleis auf fremde als wie auf eigene Sachen, und kann diesen Beweis nur dann anerkennen, wenn wirklich auch zu gleicher Zeit eigene Sachen des Treuhänders

---

1) Lex Wisig. L. V. V. 5. „qui commendata vel commodata susceperat, et de ruina aut de incendio vel hostilitatis naufragio seu quolibet simili casu sua omnia liberaverit, et aliena perdiderit, quod accepit, sine aliqua procuratione cogatur exsolvere. Si vero partem aliquam de rebus propriis liberasse cognoscitur, illi cujus res secum habuerat, juxta modum perditae rei vel liberatae restituat, qualem judex ratione deducta aestimaverit portionem. Si autem sua omnia perdidit, cum liberaret aliena, et de liberatis et de perditis rebus similis ratio deducatur, ut partem, arbitrio judicis, qui liberavit, accipiat. Justum est enim in simili casu, ut ille non damnum solus excipiat, qui se gravibus objecit periculis, et dum aliena minora conatur liberare, sua majora perdidisse cognoscitur.“

mit den fremden gleichen Fleis und gleiches Schicksal erfuhren, giebt aber auch verhältnißmäßig Ersatz, wenn der Treuhänder gleichsam einen zu großen Fleis aufwendet, und mit Verlust seiner eignen Habe nur die fremden rettet. Sind dagegen Thiere dem Treuhänder anvertraut, dann braucht der Treuhänder nur mit Zeugen oder nöthigenfalls blos für seine Person mit seinem Eid zu beschwören, daß ohne seine Schuld das Thier von selbst umkam, und er wird von jeglicher Verbindlichkeit befreit, Schaden zu ersetzen [1]). Ganz dieselben Regeln gelten auch vom unentgeltlichen Commodat [2]).

Darf man nun von diesen Fällen des commendats und commodats einen Schluß auf sonstige privatrechtliche Fälle machen, wo Jemand fremde Sachen in seiner Gewere besitzt, ohne deren Zufall schon ipso jure zu tragen, so wird man Folgendes anzunehmen haben. Der Inhaber der fremden Sache muß dann für ihren Verlust einstehen, wenn ihm die Sache gestolen wird. In allen übrigen Fällen aber leistet er nur insoweit Ersatz, als er seine Sachen, die ebenfalls demselben Unglück ausgesetzt waren, allein rettet, die fremden dagegen verliert. Dagegen wird er verhältnissmäßig Ersatz fordern können, wenn er mit Aufopferung seiner Sachen die fremden rettet.

Was nun von Sachen gilt, wird auch von rein persönlichen Leistungen gelten müßen. Unterläßt Jemand in fremden sowohl als in seinen eigenen Angelegenheiten, die sich ganz in demselben Verhältniss wie die fremden befinden,

---

1) Lex Baj. tt. XIV. c. 1. §. 4. Lex Wis. V. §. 1.

2) Capit. VI. c. 23. Canciani l. c. leg. Angliae; leg. Aelfred. c. 28.

ohne seine Schuld die Sorge für ihre Ausführung oder Sicherstellung, so ist er frei von jeder Verantwortung. Wenn er dagegen die Besorgung der seinigen unterläßt, und nur mit deren Hintansetzung die fremden besorgt, so hat er verhältnißmäßig einen Schadensersatz zu fordern, muß dagegen auch die Verantwortung auf sich nehmen, wenn er seine Angelegenheiten besorgt, die fremden dagegen nicht.

Die Rechtsbücher dagegen haben zwischen dem commodat und dem commendat unterschieden, und enthalten im Verhältniss zu einander keine gleichen Grundsätze. Denn die Rechtsbücher widersprechen sich in Bezug auf den Umfang des Fleises, den der Treuhänder, der Commodatar auf die ihnen anvertrauten Sachen zu verwenden haben. Der Sachsenspiegel sagt ganz allgemein, giebt Jemand sein Gut einem Dritten zu behalten, und wird solches dem Inhaber gestolen oder verbrannt, oder stirbt solches, so ist der Inhaber von jeder Verbindlichkeit frei, wenn er schwört, daß dieses ohne seine Schuld eintrat [1]).

Der Sachsenspiegel unterscheidet also nicht, wie das frühere Recht, ob die anvertrauten Sachen durch Diebstal oder auf eine andere Weise zu Grund gehen. Der Ausdruck „ohne Schuld" bedeutet, wenn man die stammverwandten Friesischen Rechte zur Erklärung benutzen darf, daß der Treuhänder auf die deponirte Sache denselben Fleis wie auf seine eigene verwendet hat, und daß er natürlich auch

1) Sächs. Landr. III. 5. §. 3. 4. „svelk man deme anderen sin gut dut to behaldene, wirt it ime verstolen oder afgerovet oder verbrant, oder stirft it of it ve is, he ne darf nene not umme liden, darn he dar sin recht to dun, dat it ane sine scult geschin si." Vergl. auch Gengler, Salzwedel Stadtr. aus dem 15. Jahrh. §. 80.

dann von aller Ersatzverbindlichkeit frei ist, wenn mit den ihm anvertrauten Sachen zugleich auch ihm angehörende zu Grund gingen, oder das schädliche Ereigniss, wie z. B. nächtlicher Diebstal oder Raub, nicht leicht abgewehrt werden konnte.

Denn ausdrücklich sagen die vier und zwanzig allgemeinen Landrechte c. 17. „ne mi nen mon otheres monnes god firor an plicht nema, thare sin ein god.“ Niemand braucht größern Fleis auf fremde als wie auf seine eigenen Sachen zu verwenden [1]). Den Beweis hat der Inhaber wo möglich durch Zeugen zu liefern, doch genügt im Notfall auch sein Eid [2]). Für alle Fälle also, wo der Inhaber von fremden Sachen nicht den Zufall trägt, braucht er auf die fremden nicht mehr Fleis zu verwenden als wie den, welchen er auf seine eigenen Angelegenheiten oder Sachen verwendet. Auch wird nicht mehr wie früher zur vollen Beweisführung dieses Fleises verlangt, daß der Inhaber von fremden Sachen oder Angelegenheiten zugleich die seinigen mit verloren oder mit vernachläßigt hat.

Beim Commodat hingegen gilt als allgemeine Grund-

---

1) Vergleiche auch Westerwolder Landrecht c. 15. §. 4. Emsiger, Pfenningsschuldbuch §. 32. „waer enen manne wat ghestolen is, ende dat sy buerkundich, ende de selve man enes anderen guet heft mede ghehat yn syner walt unde bewarynghe, dat em oeck mede ghestolen is, so endorf he vurder des anderen goet nicht plichten dan syn eghen.“ Wird ein Mann bestolen und zwar zugleich um Gut eines Dritten, was er in seiner Verwahrung und Gewalt hat, so hat er für das andere Gut nicht im höheren Grad einzustehen als wie für sein eigenes. Schott I. Magd. R. Art. 89. Heumann, Bairisches Landr. S. 131.

2) Richthofen l. c. die 24. allgem. Landr. c. 17. Emsiger, Pfenningsschuldbuch §. 32. Zeitschrift für Deutsches Recht v. R. u. W. B. 9. Abh. XI. Budde, Pfandsatzung S. 419. N. 8.

regel, daß der Commodatar selbst für den zufälligen Verlust der Sachen einstehen muß. Er kann sich nicht mehr wie früher von dieser Verbindlichkeit durch den Beweis befreien, daß ebenfalls durch denselben Zufall eigene Sachen mit zu Grunde gegangen sind [1]). Die Grundsätze des früheren Rechts sind also in Bezug auf das Depositum milder, dagegen in Bezug auf das unentgeltliche commodat strenger geworden.

Diese Ansichten sind aber weder vom Schwabenspiegel noch von dem Kulmischen Recht anerkannt, die doch sonst beide in enger Verbindung mit dem Sachsenspiegel stehen. Denn das Kulmische Recht sowohl als der Schwabenspiegel verlangen von dem Treuhänder, daß er nach Verlust der ihm anvertrauten Sache schwört, „er habe auf die verloren gegangene Sache größeren Fleis verwandt als wie auf seine eigne [2])". Sie begnügen sich also nicht, wie der Sachsenspiegel, vom Treuhänder blos den Eid zu fordern, „die Sache sei ohne seine Schuld zu Grund gegangen", und laßen daher nicht ohne weiteres als Entschuldigung des Depositars gelten, daß das Unglück, welches die deponirte Sache traf, auch die seinigen mitgetroffen hat. Dagegen haben sie allerdings mit dem Sächsischen Recht das gemeinsam, daß sie nicht mehr, wie die älteren Volksrechte

1) Sächs. Landr. III. 5. 4. „svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen oder gelden na sime werde."

2) Kul. R. V. 34. 1. „wer deme andirn gut bevylet uf syne truwe und wirt is vorstolen adir geroubet, adir vorburnet is adir stirbet em das vyhe abe und hot her das gut *bas* in syner hute gehat denne synes selbes gut und tar her das tzu den hylgen behalden, her en gyldet des gutes nicht."

unterscheiden, ob die Sache durch Diebstal oder auf eine andere Weise beim Treuhänder zu Grunde geht.

In Bezug auf das commodat scheint aber das ältere Recht theils beibehalten theils verändert zu sein. Beide Rechte nemlich heben als besonderen Fall, wo der Commodatar die verloren gegangene Sache ersetzen muß, den hervor, wo ihm die geliehene Sache gestolen wird [1]). Und während nach den Volksrechten der Commodatar immer die gestolene commodatirte Sache ersetzen mußte, scheinen dagegen das Kulmische Recht und der Schwabenspiegel in diesem Falle den Commodatar von der Ersatzverbindlichkeit lossprechen zu wollen. Denn sie fügen den eben erwähnten Stellen hinzu, daß nach Ansicht Einiger diese Ersatzverbindlichkeit wegfalle, wenn zugleich eigene Sachen des Commodatars mit gestolen werden [2]). Da nach diesen Worten der Kommodatar größeren Fleis auf die kommodatirten Sachen als wie auf seine eigenen zu verwenden hat, so sollte man fast schließen, daß der Treuhänder, der ja schwört, die seiner Treue anvertraute Sache beßer als seine eigene aufbewahrt zu haben, in Bezug auf den Fleis und Zufall dem Kommodatar gleich stünde. Folglich wäre der Kommodatar auch von aller Ersatzverbindlichkeit frei, sobald er den Eid leistete, die kommodatirte Sache besser als wie seine eigene Sache im

---

1) Kul. R. V. 33. „und lyet eyn man deme andirn eynen silbernen kop adir andir gut, des sal her *bas* huten denne synes selbis gut und wirt is ym vorstolen, her mus is gelden." Schwäb. Landr. c. 230.

2) Kul. R. V. 33. „so sprechen etliche lute, vorluset eyn man syn gut myt eynes andirn mannes gute, her bedarf is ym nicht gelden, das ist nicht eyme ylichen manne gesatzt, wen das eyn man fremdes gutes bas sal pflegen denne synes selbis gutis." Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 230.

Gewahrsam gehabt zu haben, wenn nicht das Kulmische Recht und der Schwabenspiegel an einer anderen Stelle sagten, daß der Kommodatar die geliehene Sache ohne Beschädigung zurückgeben solle [1]).

Daß übrigens auch noch später von einigen angenommen wurde, die Ersatzverbindlichkeit des Treuhänders hänge von dem Umstand ab, daß seine eigenen Sachen zugleich mit den deponirten zu Grunde gingen, beweisen die Distinktionen [2]).

Als Gesammt-Resultat ergiebt sich also, daß das ältere Deutsche Recht weder eine Römische culpa lata in concreto, noch auch eine culpa levis in concreto aut in abstracto kennt. Denn entweder ist ein höherer Fleis auf die fremden als wie auf die eigenen Angelegenheiten und Sachen zu verwenden, oder man braucht nur zu schwören, daß die fremden Sachen ohne eigene Schuld zu Grund gingen, wo die Schuldlosigkeit auch dann als bewiesen gilt, wenn eigene Sachen zugleich mit den fremden verloren wurden.

---

1) Kul. R. V. 34. 1. „was man abir eynem manne gelyet adir setzet, das sal man yn uvorterbit wedir gebyn." Schw. Landr. v. Laßberg c. 258. Möglich wäre allerdings, daß diese Stelle nur von dem Fall spricht, wo die Sache durch den Gebrauch gelitten hat, daß dagegen in dem Fall, wo das Objekt selbst durch einen Zufall zu Grunde ging, die Ersatzverbindlichkeit aufhörte.

2) Distinkt. IV. 42. 18. etliche sprechen „vorlore eyn man daz sine mede, so en dorffte her ieme daz sine nicht gelden; vorlore her abir daz sine nicht, so muste her is gelden. daz ist niht recht. wan der dip allewege in furchten und in flucht ist siner dube, daz her nempt waz ome gefulgen mag, daz her is nicht zcumole enweg brengen mag, worumbe sulde he grosszen schaden neme? Waz hulffe eynen daz, daz her das sine ouch vorlore." ?

§. 5.
Irrthum und Unwißenheit.

Irrthum und Unwißenheit sowohl der rechtlichen als der factischen Verhältnisse haben in den älteren Zeiten nicht so häufig stattgefunden, als wie in den spätern. Denn da ursprünglich in den älteren Volks- und Gerichtsversammlungen alle Mitglieder der Volks- und Gaugenossenschaft zugegen waren, vor ihren Augen die meisten rechtlichen und factischen Verhältnisse verhandelt und geordnet wurden, das Volksrecht als ein reines Erzeugniss des gesammten Volkswillens in allen lebte und wirkte, jedes Urtheil unter der Zustimmung des versammelten Umstands erfolgte, jeder einzelne aus dem Volk die Fähigkeit besaß, nöthigenfalls selbst die Stelle eines den Volkswillen verkündenden Richters einzunehmen, gemeinsame Sitte, gemeinsame Lebensverhältnisse die rechtliche und factische Lage der Einzelnen wenn nicht ganz gleich, doch sehr ähnlich machten, so konnte eine Sach- und Rechtsunkenntniss nicht leicht stattfinden. Als aber mit der Entwickelung der königlichen Macht sich eine gesetzgebende Gewalt entwickelte, die manche von dem früheren kunstlosen Volksrecht abweichende Grundsätze einführte, als die unmittelbare, lebendige Theilnahme des Volkes an den Gerichtsversammlungen und an der Rechtssprechung nicht mehr in so lebhafter Weise wie früher stattfand, als die Lebensverhältnisse der Einzelnen mit der Entwickelung der Städte und der Stände künstlicher und verwickelter wurden, als mit der allmäligen Zerstörung der alten Gau- und Markenverfaßung immer mehr die größern gemeinschaftlichen Gerichtssprengel verschwanden, und sich zahlreiche einzelne, für sich bestehende und von einander unabhängige Gerichtssprengel bildeten, so konnte der Ein-

zelne nicht mehr in dem Grad wie früher als ein lebendes Rechtsbuch das Recht seiner Volksgenoßen wißen, als eine lebendige Chronik die Thatsachen des Volks und der Einzelnen kennen. Ferner hatte der Einzelne bei den so seltnen Aufzeichnungen der Rechte und der Thatsachen nur selten Gelegenheit, seine Rechts- und Thatkenntniss zu bereichern, er mußte entweder persönlich solche Verhältnisse durchgelebt, oder sie von andern durch mündliche Ueberlieferung vernommen haben.

Bereits frühzeitig aber geschahen Versuche der Rechtsunwißenheit abzuhelfen. Denn auch im Deutschen Recht wird, wie im Römischen Recht, die Unkenntniss des Rechts ganz anders aufgefaßt als wie die der Thatsachen.

Schon in der ältesten Zeit geschahen die Aufzeichnungen des Rechts mit Zustimmung und in Gegenwart des ganzen Volks [1]), so daß eine Rechtsunkenntniss schon aus diesem Grund nicht leicht bei einem einzelnen Volksgenoßen vorkommen kann und darf. Ferner werden die einzelnen speciellen Capitularien den einzelnen Stämmen mit ihrer Zustimmung öffentlich verkündigt [2]), und die missi haben den besondern Befehl, daß ein jeder von ihnen besonders wichtige, allgemeine Bestimmungen, wie z. B. die über den Heerbann, in Gegenwart des Volks veröffentlichet, und nicht eher von den Einzelnen die Leistung fordert, als bis alle durch öffentliche Verkündigung solches erfahren haben, damit sich nicht Jemand durch seine Unkenntniss entschuldigen kann [3]), eine Bestimmung, die unstreitig bei allen bedeuten-

---

1) Siehe die Vorrede zur **lex Salica** sowie die zu andern Volksrechten. Eichhorn, Deutsche Rechtsgeschichte §. 30.

2) Eichhorn l. c. §. 159.

3) Cancian. Capt. IV. 72.

dern Verordnungen der Deutschen Könige später zur Anwendung kam. Denn bekannt ist, wie bei größeren, allgemeineren und feierlichen Gerichtsversammlungen die bereits aufgezeichneten Rechte, wie Stadt-, Dorf-, Lehn-Mark-Rechte, entweder vorgelesen oder vorgetragen wurden.

Den besten Masstab, um zu beurtheilen, in welchem Grad die Rechtsunkenntniss entschuldbar ist, geben die Grundsätze, nach denen in dieser Beziehung der Richter beurtheilt wird. Denn wenn ihm in irgend einer Sache Rechtsunkenntniss verziehen wird, so muß solches, wenn nicht in einem noch höheren Grad, doch wenigstens in demselben Grad auch bei den Privatpersonen stattfinden. Denn der Richter erscheint in dieser Beziehung als der treue Vertreter der im Volk lebenden Rechtsansichten.

Wenn gleich in einzelnen Staaten der Richter ausdrücklich angewiesen wird, nur nach dem aufgezeichneten Recht zu urtheilen [1]), oder gleich dem Geistlichen, bei dem auch die Unkenntniss der kirchlichen Vorschriften strafbar ist [2]), alles Recht wißen soll [3]), so sind dieses doch nur einzelne für sich bestehende Bestimmungen, die keinen Schluß auf eine allgemeine Regel zulaßen.

Da im Ganzen das Recht auf Gewohnheitsrecht beruht, das entweder gar nicht aufgezeichnet ist, oder wenn solches geschieht, weder vollständig, noch auch häufig in

---

1) Canciani l. c. I. leg. Long. Ludovi II. leg. c. 4. „secundum scripturam tantum judicent et nullatenus secundum arbitrium suum.

2) Pertz. I. cap. Aquisg. 817. c. 28. II. addita. cap. Aquisg. 813. c. 26, „non episcopis licet ignorare canones."

3) Richthofen l. c. d. 17. Kur. n. 3. „sa ach thi asega to witane alle riuchtlike thing, thet send kesta and londriucht."

gesetzlicher Form vorhanden ist [1]), so sind nur wenige Mittel vorhanden, um zu beweisen, daß der Richter ein Urtheil contra jus in thesi clarum gegeben hat. Denn ihm kann in den meisten Fällen kein geschriebenes Gesetzbuch vorgehalten werden, gegen deßen klaren Inhalt sein Urtheil streitet. Zwar wird der Richter, der Schöffe, die aus erfahrenen Rechtskundigen gewählt werden sollen [2]), als ein wahrer und treuer Vertreter des im Volk herrschenden Rechtsbewußtseins nicht leicht aus Irrthum oder gar aus Absicht in Gegenwart der Gerichtsversammlung ein Urtheil fällen, das den im Volk vorhandenen Rechtsansichten offenbar widerstreitet, und ihren Anschauungen Hohn spricht. Auch müßen den Richter die schweren Strafen abschrecken, die ihn treffen, wenn er überführt wird, mit Bewußtsein das Recht verzögert [3]), oder ein falsches Urtheil gegeben zu haben [4]). Jedoch ist der Beweis einer solchen absichtlichen Handlung sehr schwer zu erbringen. Denn wenn der Schöffe, der Richter, der verpflichtet ist, nach seinem besten Einsehen und Verständniss zu entscheiden [5]), ein un-

---

1) Vergleiche auch Heumann, Ingolstadter Stadtrecht §. 74, wo bestimmt ist, daß der Richter, wenn etwas vor das Gericht kommt, das im Buch nicht steht, fünf von den Besten die gegenwärtig sind, nehmen, und sie auf ihren Eid fragen soll; sind sie einig, so soll der Richter das Urtheil auf ein leeres Blatt im Stadtrechtsbuch schreiben, können sie sich nicht vereinigen, so wird an den Vizegrafen die Sache gezogen.

2) Canciani leg. Long. Caroli Mag. leg. I. c. 22.

3) Lex W. VIII. 1. 21.

4) Canciani l. leg. Long. Pipin. leg. §. 8. contto. regni Si. I. 46. Kaiserrecht I. 9. Sächs. Landr. III. c. 6. §. 2.

5) Pertz. l. const. Worm. 829. alia capit c. 4. Ludo. constt. 856 c. 5, „ut juxta suam intelligentiam indicent."

gerechtes Urtheil fällt, so giebt dieses nicht die Vermutung, daß er mit Absicht falsch entschieden hat. Der Ausdruck, Unrecht, bedeutet nemlich bald eine aus Absicht bald ohne Absicht erfolgte Widerrechtlichkeit [1]). Der Sachsenspiegel sagt „vreget man enen man ordeles, unde vint he't na sinem sinne, so he't rechtest wet, al si it wol unrecht, he ne lidet dar *nene not* umme" [2]). Mit dieser Bestimmung, daß der Schöffe, der nach seinem besten Willen und Wißen kein richtiges Urtheil gegeben hat, sich keinen Nachtheil zuzieht, stimmt auch der Schwabenspiegel überein, der von dem Schöffen verlangt, daß er weder aus „Liebe, noch Rache, noch um Geld unrechtes Urtheil spricht" [3]). Allerdings kann von dem Schöffen, der ein Urtheil giebt, was verworfen wird, der Eid verlangt werden „er habe kein beßeres gewußt," schwört er aber den Eid, so ist er von aller Verantwortlichkeit frei, verweigert er ihn aber, so verliert er seine Hand [4]).

Uebrigens hat man von dem Fall, wo der Schöffe zwar glaubt, das Recht zu wißen, aber solches aus Irrthum nicht kennt, wohl zu trennen den andern, wo der Schöffe sich seiner Rechtsunwißenheit bewußt ist. Denn wenn ein Schöffe, der um sein Urtheil gefragt wird, schwört, daß

---

1) Sächs. Landr. I. 52. 4. III. 56. §. 2. III. 67. Schwäb. Landr. c. 71. 72. 97.

2) Sächs. Landr. II. 12. §. 9.

3) Schwäb. Landr. c. 71. Lex. Wis. II. 1. 20. „si autem (judex) per ignorantiam injuste judicaverit, et sacramento se potuerit excusare, quod non per amicitiam vel cupiditatem aut per quodlibet commodum sed tantum ignoranter hoc fecerit, quod judicavit, non valeat, et ipse judex non implicetur in culpa."

4) Schwäb. Landr. c. 71.

er das Recht nicht weiß, so hat ihn der Richter nicht mehr aufzufordern, ein Urtheil zu geben, damit nicht der Schöffe nach seinem Wahn das Recht findet, und vor Gott schuldig wird [1]).

Wenn bei dem Richter Rechtsirrthum oder Rechtsunwißenheit entweder gar nicht oder wenigstens nicht hoch bestraft wird, so gilt dieses auch natürlich für den Privatmann, wenigstens trifft denjenigen, der sich auf Rechtsunwißenheit oder auf Rechtsirrthum beruft, denn beide werden bei einem Privatmann wohl nicht unterschieden [2]), nicht die volle Strafe. Schon das Longobardische Recht sagt bei einer Leistung, die dem König verbürgt ist, daß derjenige, welcher ohne diese rechtliche Verpflichtung gegen den König zu kennen, dagegen handelt, nach Verhältniss der Umstände gestraft werden soll [3]). Dieser hier nur für einen einzelnen Fall aufgestellte Grundsatz wird in den späteren Quellen allgemein ausgesprochen, der Schwabenspiegel sagt „Buße mit üblem Willen verwirkt, ist immer zu nehmen, bei der Buße dagegen, die Jemand einfältiglich und unwißend verwirkt, ist gnädig zu verfahren [4]), und ebenso sagt das Kaiserrecht, wozu der Mann unwißend kommt, dazu gehört Gnade [5]), welcher Ausspruch zwar auf den faktischen Irrthum sich bezieht, wo Jemand nach der allgemeinen Mei-

---

1) Schwäb. Landr. c. 97.

2) Vergl. Schwäb. Landr c. 359.

3) Canciani I. Leg. Long. Ludovici pii leg. c. 42. Capt. l. IV. c. 36. „is qui ignoranter peccaverit, non *totum* secundum legem componere cogatur, sed juxta visum, quod fuerit possibile, siehe auch Pertz. I. capit. missor. c. 15.

4) Schwäb. Landr. c. 359.

5) Kaiserrecht III. c. 2.

nung irrthümlich geglaubt hat, Dienstmann zu sein, aber dem Princip und dem Geist der übrigen Stellen nach auch auf den Rechtsirrthum anzuwenden ist. Ebenso wird ein Märker, der nicht weiß, daß ein Gerichtstag in seiner Gemarkung öffentlich angesagt worden ist, entschuldigt wegen seiner Unkenntniss [1]). Als allgemeiner Grundsatz läßt sich sowohl für den faktischen als auch für den rechtlichen Irrthum [2]) annehmen, daß dann der Irrthum entschuldbar ist, wenn Jemanden redliche Ursache irrte [3]).

Der Beweis einer solchen redlichen Ursache ist ziemlich leicht, da Irrthum und Unwißenheit innerlicher Natur sind, wo der Betreffende durch seinen Eid allein schon fähig ist, den Beweis seines inneren Zustands zu liefern, gegen welchen Eid kein Gegenbeweis statthaft ist [4]).

In Bezug auf die Rechtsunwißenheit ist sehr zu beachten, auf welchen Gegenstand sie sich bezieht.

Vor allen wird die Unkenntniss von äußern, religiösen Satzungen, die eingeführt wurden um das Heidenthum zu verdrängen, den christlichen Lehren dagegen Eingang und Ansehen zu verschaffen, hart bestraft, so wurden z. B diejenigen, die aus Unwißenheit die Feier der christlichen Festtage unterließen, mit dem Schwert hingerichtet [5]). Ebensowenig ist dann eine Entschuldigung statthaft, wenn sie sich auf Rechtsbestimmungen erstreckt, in denen sich am stärksten und kräftigsten die im Volke herrschenden Rechts-

---

1) Grimm l. c. I. Fossenheide 1444. S. 582. Vergleiche auch Gengler, Passauer Rechtsbrief v. 1300. §. 35.

2) Siehe jedoch das Folgende.

3) Grimm W. I. W. v. Weyler S. 359.

4) S. Landr. I. 6. §. 2.

5) Pertz. constt. reg. Guntchramni. 585.

ansichten offenbaren, und die ganz fest und allgemein im Geist des Volkes eingewurzelt sind. So darf z. B. Niemand wißentlich einen Geächteten bei sich aufnehmen [1]). Denn die Folgen der Acht, die in öffentlicher Gerichtsversammlung feierlich erklärt wird, und die gleichsam einen Ausspruch des ganzen Volks enthält, das durch den Verzug, durch den Ungehorsam und durch den Frevel eines seiner Mitglieder tief verletzt ist, muß ein jeder Volksgenoße genau kennen. Ebensowenig ist es gestattet, sich mit bewaffneter Hand wißentlich einem königlichen missus entgegenzusetzen, denn die Würde eines solchen Beamten muß ja einem jeden bekannt sein [2]). Ferner verliert derjenige, der wißentlich ein Lehn kauft, seine Forderung auf Zurückzahlung des Kaufgeldes, denn ein jeder ist verpflichtet zu wißen, daß der Kauf eines Lehns, diesem so allgemein verbreiteten Grundverhältniss, ohne Einwilligung des Kaisers, durch ein allgemeines Reichsgesetz verboten ist [3]).

Zu den Rechtsirrthümern, die nicht leicht verziehen werden und von denen angenommen wird, daß sie bei keinem von wahrhaft Deutschem Rechtssinne belebten Manne vorkommen dürfen, gehören vorzugsweise auch die über Eigenthum und Stand, beide Hauptstützen der Germanischen Rechtsentwickelung. Denn in dem Fall, wo Jemand fremde Sachen verkauft [4]), die Sachen eines Un-

---

1) Sächs. Landr. III. 60. §. 3. Schwäb. Landr. c. 233. Dieses verstattet einen Tag. Gengler, Passau Rbf. v. Bischof Bernhard 1300. §. 35. Lex Ripuar. tt. 78. 87.

2) Capit. III. ca. 64.

3) Pertz. II. constt. de jur. feud. 1158.

4) Edict. Rothar. c. 232. „si quis per ignorantiam (res alienas) vendiderit, tunc praebeat sacramentum quod credens

betheiligten pfändet [1]), fremde Sachen verschenkt [2]), fremde Sachen vertauscht [3]), von einem Diebe eine Sache kauft oder sie als Depositum annimmt [4]), fremden Grund und Boden als den seinigen beackert [5]), Reichsgut an sich bringt [6]), gestolenes Vieh verkauft [7]), wird er nur dann von Buße und Strafe befreit, wenn er beschwören kann, er habe die wahre Sachlage nicht gewußt.

Wie die Unwißenheit über die faktischen Verhältnisse einer Sache berücksichtigt wird, so findet dieses auch bei dem Irrthum über den Stand einer Person statt. Eine Freie, die unwißentlich einen litus heirathet, bleibt frei sowie auch ihre Kinder, sobald sie nach erfolgter Kenntnißnahme von dem wahren Stand ihres Mannes sich von ihm trennen läßt, der im älteren Deutschen Recht so fest anerkannte Grundsatz, das Kind folgt der ärgeren Hand, wird durch die Unwißenheit aufgehoben [8]). Heirathet unwißentlich

---

suas res vendidisset: et reddat caput cum nutrumine suo in qualicunque sit."

1) c. 252. l. c.

2) Luitpr. V. 14. „si quis alii homini qualemcunque rem donaverit et launechild susceperit, et postea eam defendere minime potuerit, tunc aliam qualem donavit qualis in illa die invenitur esse, reddat cui donavit. Et si de colludio pulsatus fuerit, satisfaciat ad evangelia quod nullum colludium cum alio homine de ea re factum habeat."

3) Luitpr. VI. 63.

4) Capt. V. c. 347. 358.

5) Sächs. Landr. III. 20.

6) Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 362. Kaiserrecht III. 32.

7) Schwäb. Landr. c. 50. 51. 265.

8) Lex Frisio. tt. 6.

ein Mann eine Frau, die er nicht heirathen darf, so schadet solches weder ihm noch seinen Kindern [1]). Ebensowenig verliert derjenige, der unwißentlich einen nahen Verwandten tödtet oder mit einer nahen Verwandten unwißentlich sich fleischlich vermischt, alle Ansprüche auf ihre Hinterlaßenschaft [2]). Plündert ferner ein Ritter einen Kaufmann und schwört, er habe deßen Stand nicht gewußt, so zahlt er nur das zweifache [3]).

Diese Fälle mögen hinreichen, um zu beweisen, daß zwar der factische, aber nicht leicht der rechtliche Irrthum über Hauptrechtsgrundsätze entschuldigt wird. Aber selbst der factische Irrthum wird nicht überall ohne Weiteres als hinreichender Entschuldigungsgrund angenommen, sondern verlangt öfters noch gewiße Voraussetzungen. Nimmt z. B. Jemand eine fremde Sache als die seinige und hält sie öffentlich vor den Augen der Leute, so ist er nur dann keiner handhaften That schuldig, wenn auch andere beschwören, daß die fremde der seinigen gleich ist [4]). Ist ein allgemeiner Friede angeordnet, den ein jeder beschwören muß, und beschwört einer ihn nicht, so genügt zu seiner Entschuldigung nicht sein alleiniger Eid, „er habe von Niemanden gehört, ein Friede sei beschworen worden," sondern noch sieben andere redliche Männer müßen ebenfalls solches beschwören, um den Irrthum hinlänglich zu begründen [5]). Die Angabe

---

1) Sächs. Landr. III. 27. Schwäb. Landr. c. 236. Gengler Salzwedel. St. R. aus d. 15. Jahrh. §. 84.

2) Sächs. Landr. III. 84. §. 3. Schw. Landr. c. 15, Distinkt. I. 39. d. 4. Richthofen Emsiger, Pfenningsschuldbuch §. 41.

3) Pertz. II. conv. Brixiae 1158. c. 5.

4) Sächs. Landr. III. 89. Siehe auch Kaiserrecht III. 2.

5) Pertz. II. cur. Mog. 1103. const. pac. provincialis.

des Verklagten allein genügt nicht, sondern sie bedarf zu ihrer Gültigkeit noch die Bestätigung unparteiischer Personen. Hat Jemand aber einen falschen Eid unwißentlich geschworen, so ist er gehalten, seine Hand loszukaufen [1]), oder er muß, wenn er Eideshelfer ist, wenigstens zum Beweis seiner Unschuld sich des Gottesurtheils bedienen [2]). Denn da sein Eidschwur unrichtig ist, so kann er seine Unwißenheit nicht wiederum durch einen blosen Eid beweisen.

Aus allen diesen Bestimmungen ergiebt sich, daß das Deutsche Recht sowohl den faktischen wie den rechtlichen Irrthum als Entschuldigungsgrund zuläßt, zugleich aber keineswegs immer diese verschiedenen Arten von Irrthum als Befreiungsgrund von jeder Verbindlichkeit annimmt. Das Deutsche Recht macht nicht durchgängig den so feinen Unterschied des Römischen Rechts zwischen error juris et error facti. Folglich müßen auch die ausschließlichen Privilegien, welche in Bezug auf den Rechtsirrthum bekanntlich im Römischen Recht für Minderjährige, Frauen, Bauern gelten, im Deutschen Recht diese Ausschließlichkeit verlieren.

In keinem dieser Privilegien zeigt sich der Unterschied zwischen Römischer und Deutscher Anschauung des Rechts so scharf und so klar, als wie in dem Privileg der Bauren. Denn kein anderes Privileg, als wie dieses, läßt so deutlich erkennen, welchen Bildungs- und Entwickelungsgang das Römische, welchen das Deutsche Recht nahm, kein anderes wie dieses bezeichnet so deutlich den Standpunkt, von dem der Römer, von dem der Deutsche das Recht auffaßte.

---

1) Lex Saxon. tt. 2. §. 8. 9.

2) Canciani l. c. leg. Long. Pipi leg. c. 115.

Bei den Römern bildet sich sehr frühzeitig in Rom ein besonderer Stand von solchen Personen, welche Kenntniss und wißenschaftliche Fortbildung des Rechts sich zur Aufgabe setzen, je weniger daher der einzelne Römer sich wißenschaftlich beschäftigt, und je weniger er Gelegenheit hat in Rom sein Rechtskenntniss zu vermehren, desto geringer ist, wie bei den Bauren, seine Rechtskenntniss, desto verzeihlicher seine Rechtsunkenntniss. Bei den Deutschen dagegen blieb längere Zeit hindurch die Rechtskenntniss Gemeingut sämmtlicher Volks- und Gaugenoßen, ohne daß ein bevorzugter Stand von Rechtsgelehrten sich bildete, der für die übrigen Mitglieder des Gaues oder Volks die wißenschaftliche Durchführung des Rechts als seine Aufgabe übernommen hätte. Bei den Römern werden zwar Dorf- und Stadtgemeinden, Stände nach Geburt und Beschäftigung unterschieden, aber mit nur wenigen Ausnahmen besteht für diese verschiedenen Personen ein besonderes Recht, denn das Recht hat immer als seinen Mittel- und Ausgangspunkt die Stadt Rom, und der besondere Stand der dortigen Juristen gilt als rechtsgelehrter Stand für alle Stände, Corporationen und Personen.

Grundzug des Germanischen Rechts dagegen ist, daß bei der so reichen Anzahl von Ständen, Corporationen, Genoßen- und Völkerschaften, für jede sich ein besonderes Recht bildet und besteht, welches ein jedes Mitglied wißen und verstehen muß. Ein jeder hat in seinen Kreisen, der Bauer so gut wie der Ritter, der Vasall so gut wie der Ministeriale, sein Recht und seine Verpflichtungen zu wißen und zu verstehen. Der nächste Kreis, in dem sich das Leben des einzelnen bewegt, ist der Hauptpunkt seines gesammten physischen, rechtlichen und sittlichen Daseins. In diesen verschiedenen Kreisen finden sich natürlich auch solche,

die vorzugsweise durch ihre Erfahrung und Beschäftigung das betreffende Recht ihres Kreises kennen, aber ein jedes Mitglied ist doch oder soll doch sein, gleichsam wie der Römische Praetor, eine viva vox seines juris civilis.

Mit dieser eigenthümlichen Bildung des Rechts steht nun auch in enger Verbindung, daß eine Rechtsunkenntniß der in Sitte und Gewohnheit ausgedrückten Rechtsanschauungen nicht leicht entschuldbar ist, dagegen wohl aber eine Unkenntniß der nur durch eine Art von gesetzgebender Gewalt gegebenen Rechtssätze. Denn in dem letzteren Fall genügt der Eid des Betreffenden, daß er keine Kenntniß von den bekannt gemachten Normen erlangt habe, dagegen wird nicht leicht ein solcher Eid zugelaßen bei den dem Einzelnen durch seine Geburt, seinen Stand, seine Gemeinde, seine Volksgenoßenschaft angeborenen oder zugehörigen Rechtsgrundsätzen. Denn der Eid über eine solche Rechtunkenntniß enthielte in vielen Fällen gewißermüßen eine Verläugnung der eigenen Persönlichkeit, eine Verachtung der eigenen Familien-, Standes-, Gemeinde-, Volksgenoßen, eine Verkennung der ganzen rechtlichen und faktischen Lage des Schwörenden. Die Rechtsanschauung der damaligen Zeit, wo Leben, Sitte und Recht in sehr enger Verbindung untereinander stehen, bildet einen scharfen Gegensatz zu der jetzigen modernen. In der jetzigen Zeit wird eine Unkenntniß oder ein Irrthum über das nur von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangene Recht nicht leicht entschuldigt, dagegen aber Irrthum oder Unwißenheit bei dem blosen Gewohnheitsrecht weit eher für zuläßig erklärt.

Während nun der Rechtsirrthum in vielen Fällen zugelaßen wird, befreit jedoch ein factischer Irrthum oder eine factische Unwißenheit nicht immer von der Ersatzverbindlichkeit.

Denn in allen den Fällen, wo der Eigenthümer gegen seinen Willen auf unrechtmäßige Weise eine bewegliche Sache aus seiner Gewere verliert, ist selbst ihr gutgläubiger Käufer oder wer sie sonst in gutem Glauben in seine Gewere erhält, verpflichtet dem Eigenthümer für die Sache einzustehen, wenn er sie verliert oder weiter veräußert und ihren Inhaber nicht aufzufinden vermag [1]), oder dieser arm ist. Kein Ablauf der Zeit, kein auf noch so guten Gründen gestützter guter Glaube ist im Stande, dem ursprünglichen Eigenthümer sein Recht an der Sache zu entziehen. Der Eigenthümer ist berechtigt eine Wiederherstellung des rechtlichen Zustands der Sache zu verlangen, in welchem sie sich bei ihrer widerrechtlichen Wegnahme befand. Alles, was nach dieser Handlung bezüglich der Sache von Privatpersonen ohne Einwilligung des Eigenthümers erfolgt, ja selbst ihr zufälliger Untergang [2]), hat für ihn keine rechtliche Wirkung, verändert in keiner Weise sein Recht an der Sache, sein Recht auf Entschädigung. Wie nach dem Grundsatz der persönlichen

---

1) Edict. Roth. c. 232. 252. Luitp. V. 14. VI. 63. 80. Capt. V. 347. 358. Schwäb. Landr. c. 265. „verliuset erz (der gutgläubige Inhaber) vür ez angevanget wirt, er muoz ez gelten unde dem rihter büezen, aber niht an eines diubes stat. Wil er bereden daz er niht enweste daz ez diubic oder roubic was, er solz büezen ob erz verliuset, unde anders niht. Ez geschît vil dike daz diubic oder roubic guot funden wirt in eines andern mannes gewalt unde der schiubet ez uf einen andern; unde als dise wirt ez geschoben unz ez kumet an den, der ez dâ verstolen oder geroubet hât, ûf den sol manz schieben . . . . unde lât er guot hinder im, da sol man den liuten von gelten der daz guot was. unde ist es dâ niht, so sol ez jener gelten, in des gewalt manz dâ vant.“

2) Vergleiche jedoch §. 8. die Lehre vom Zufall.

Rechte das einmal durch die Abstammung angeborene Recht dem Einzelnen verbleibt, wenn er auch bei den verschiedensten Stämmen, an den verschiedenartigsten Orten verweilt, so verbleibt auch dem Eigenthümer sein Recht an der Sache, mag sie auch von einer Hand in die andere, von einem Ort zum andern kommen. Die Gewere des Eigenthümers folgt ihr überall nach und die Gewere jedes dritten hat dieser ursprünglichen Gewere zu weichen. Denn der Eigenthümer ist trotz vieler späteren Inhaber der erste und der letzte, welcher der Mobilie wahre, echte Gewere verschaffte. Da der auf unrechtmäßige Art um seine Sache gebrachte Eigenthümer entweder auf ursprüngliche Weise oder mit Bewilligung ihres frühern Eigenthümers die Sache als sein Eigenthum in seine Gewere brachte, so hat ohne seine Einwilligung oder ohne seine freiwillige Ueberlieferung der Sache kein späterer Inhaber die Macht, der dinglichen Klage des Eigenthümers zu widerstehen [1]).

Dieses Recht des Eigenthümers giebt ihm einen Ersatz für die Verpflichtung, seine Sache in den Händen desjenigen zu laßen, welcher sie freiwillig von der Person erhielt, dem sie der Eigenthümer mit Vorbehalt seines Eigenthums freiwillig in die Gewere gab.

Irrthum und Unwißenheit erscheinen in dieser Beziehung als Zufall, und wie in den älteren Zeiten zufällige Verletzungen zum Ersatz, wenn auch nicht zu Buße und Strafe verpflichten, so gilt auch dieses hier für den factischen Irrthum und für die factische Unwißenheit des gutgläubigen Inhabers einer fremden beweglichen Sache.

---

1) Der Fall ist natürlich ausgenommen, wo er die Sache durch einen Zufall verliert, und sie ein Dritter findet, ohne daß ihr Eigenthümer sich beim Gericht meldet.

Ueberhaupt steht die Lehre vom Irrthum und von der Unwißenheit in enger Verbindung mit der Lehre vom Zufall, vom Ersatz der Verwendungen und Früchte[1]).

---

§. 5. 6.

Die Eigenmacht und die Gewalt.

Bei der Eigenmacht und Gewalt hat man zu unterscheiden: I. Solche Handlungen, die eigenmächtig oder gewaltthätig geschehen. II. Solche Handlungen, die Jemand gezwungenerweise vornimmt, weil gegen ihn Gewalt oder Eigenmacht angewendet wird.

I. Das Deutsche Recht hat die Eigenmacht niemals so eng und fest begrenzt wie das Römische. Denn vermöge seiner Neigung, die Persönlichkeit nicht einzuschränken, sondern ihr einen freien Spielraum zur Entwickelung ihres kräftigen, häufig stürmischen Freiheitsdrangs zu gewähren, und vermöge seines Strebens, das Individuum durch Selbständigkeit und Selbstthätigkeit groß zu ziehen, und zu stärken, hat das Deutsche Recht Privatgewalt da erlaubt, wo das Römische vermöge seiner umfaßenden concentrirten Staatsgewalt jede Privatwillkür streng ausschließt, ja nach seinen Begriffen ihm solche undenkbar erscheint. Die Eigenmacht ist nun entweder A erlaubte oder B verbotene.

A. Die Hauptfälle der erlaubten Eigenmacht sind nun folgende:

1) Wenn auch nicht mehr wie in früheren Zeiten der Verletzte berechtigt ist, bei schweren Verbrechen sich sofort

---

1) Vergleiche auch §. 8.

selbst Recht zu schaffen und in seiner eigenen Person Kläger und Richter zugleich zu vereinigen[1]), so ist ihm doch in allen den Fällen Selbsthülfe erlaubt, wo die Gerichte nicht können oder nicht wollen ihm Gerechtigkeit verschaffen[2]). In den meisten dieser Fälle ist die Rache, das ursprüngliche Grundprincip des älteren Strafrechts beibehalten. Dieses ist natürlich, denn der Verletzte, der sich selbst Recht zu schaffen befugt ist, wird natürlich soweit, als er selbst an seinem Recht beeinträchtigt wurde, sich Genugthuung schaffen. Da die specielle Ausführung ins Criminalrecht gehört, so sind hier nur einzelne Fälle hervorzuheben. So sagt z. B. das Weisthum über das Mainzer Marschallamt aus dem Anfang des 15. Jahrhunderts: „wer auch in deme Ryngauwe siczet, er sy man, burgman, ... der verkürzt wer von herren, odir . . . . der sal ryden an unsern hern von Mencze . . . . . adir . . . an synen obirsten amptmann . . . und sal ime daz rugen. der sal dan den hern verboden, der ime unrecht tut, mit syme brieve, daz er ime gelegentlich tage bescheyde, und lasse ime recht widerfaren. Beschiede er ime den tag nit, so mag dan der, den die sache angeet, usser dem Ryngauwe ziehen und darczu *kriegen*, *rauben* und *brunnen*, und wie er sich entweren mag, als lange, byss daz yme sin volle geschieht“[3]). Nach dem Friesischen Recht darf der Be-

---

1) Ueber das sogenannte Fehderecht siehe Wilda, Strafrecht der Germanen S. 84—196. Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 18. 76.

2) Siehe auch Köstlin Strafrecht des Mittelalters i. d. Z. f. D. R. h. v. Reyscher. B. 12. H. 1. Abth. 2. S. 68—74. Wächter, Beiträge zur Deutschen Geschichte S. 47—58. 253—256.

3) Grimm l. c. I. S. 531.

raubte, der ohne Erfolg das Gericht des Räubers um Hülfe angegangen hat, dem Räuber soviel bei Nacht rauben, als dem Beraubten bei Tage genommen wurde[1]).

Die Eigenmacht erscheint dann als ein Nothrecht, um sich Gerechtigkeit zu verschaffen, wenn bei so zahlreichen, für sich bestehenden Gerichtsbezirken, das Gericht eines Bezirkes den auswärtigen Klägern gegen Inländer Recht zu ertheilen verweigert.

Uebrigens suchten bekanntlich die Deutschen Kaiser das Fehderecht durch den Gottesfrieden, durch bestimmte Feiertage und durch die Verpflichtung die Fehde anzusagen (Widersage) und nach diesem Act noch drei Tage Frieden zu halten, wo möglich zu beschränken, und gewißen rechtlichen Formen zu unterwerfen[2]), denn derjenige wurde ehrlos und rechtlos, der gegen diese Bestimmungen handelte[3]).

2) Wie die Person berechtigt ist, sich gegen alles das zu vertheidigen, was ihre Persönlichkeit unmittelbar bedroht[4]), so ist sie auch berechtigt, alles das abzuwehren,

---

1) Richthofen, Bolswarder Sendrecht v. 1404. §. 34. „hwacsoe raweth om zyn ayn, deer hem ontraweth is, ende dat hyt hath beschireth in dae riuchte, deer dy rawer on sitten is, ende hem dat riucht nath helpe mey nennis riuchtes ner dat zyn, zoe mey hi nachtis rawa also fula zoe hi lichtes deys om dat zyn . . . . zoe is dat *sonder ban* des deckens." Appingadammer, Bauerbrief §. 20 nullus concivium extra terram Fivelgonie pro injuria sibi facta quocunque modo vindictam exerceat in quemcunque, nisi prius cum literis sigillo civium signatis petita illi justicia, et ea publice *denegata.*"

2) Pertz. II. Heinrici regis treuga. 1230. c. 3. 9. curia Francof. 1234. curia Mogunt. 1235. constitio. pa. c. 3. 5.

3) Pertz. l. c. 1235. c. 5.

4) Die Fälle der Nothwer sind zu sehr strafrechtlicher Natur, als daß sie hier aufgezählt werden könnten.

was die Gewere, gleichsam die concrete Erweiterung der Persönlichkeit, das sich ihr eng und fest an- und sie umschließende juristische Gewand, ohne rechtlichen Grund verletzt. Denn wie die Gewere ihren Inhaber schützt, verbürgt, zum Krieg berechtigt, so ist dieser verpflichtet und berechtigt sie zu schirmen und zu vertheidigen. Der Inhaber der Gewere darf gegen jeden, der ohne Erlaubniß die Gewere betritt, Selbsthülfe anwenden, nöthigenfalls ihn pfänden, jedes unbefugte Eindringen wird mit einer hohen Buße bestraft [1]). Hat Jemand ohne rechtlichen Grund Sachen an sich genommen, so ist der Gewersinhaber berechtigt die Person des Eingedrungenen aufzuhalten und ihm diese innerhalb der Gewere wieder abzunehmen [2]). Züchtigt man denjenigen, der die fremde Gewere beschädigt, so ist es übrigens verboten, ihn noch besonders wegen der Beschädigung zu pfänden [3]). Zwar wird dieses zunächst nur in dem Ulmer Stadtrecht ausgesprochen, aber die Gültigkeit dieses Satzes läßt sich da annehmen, wo das Züchtigungsrecht in einem solchen Fall statthaft ist. Denn neben dem sonst unerlaubten Züchtigungsrecht wird sicherlich eine Pfändung nicht stattfinden können, da das Erstere eine Art Pfändung der Person enthält, welche die der Sachen ausschließt, und sonst nicht leicht gestattet wird [4]). Denn nur an der Person des Die-

---

1) Lex Baj. tt. X. c. 1. Lex Burg. tt. 25. 27. Ueber das ursprüngliche Recht des Gewersinhabers das fremde Vieh zu tödten vergleiche Wilda in d. Z. f. D. R. h. v. Reyscher B. 1. S. 230—232. Wilda l c. S. 241—48.

2) Jüt. Low. II. 74. §. 1. 2. Albrecht, Gewere S. 21. 22. Wilda l. c. S. 241—248.

3) Gengler Ulm. Stadtr. v. 1296. §. 4.

4) Vergleiche auch Wilda l. c. S. 241.

des, Räubers oder des Heimsuchenden durfte man sich vergreifen [1]).

Fremde Thiere, welche in die Gewere eindringen, unterliegen meistens der Pfändung. Wenn auch gewiße Thiere, wie Schweine, Gänse, nicht gepfändet werden dürfen, so ist doch der Gewerbsinhaber berechtigt, wenigstens eins von ihnen zu pfänden, oder sie zu verjagen, und wenn nach zweimaliger Warnung an ihren Eigenthümer sie dennoch wiederkommen, sie zu tödten und sie zu eignem Gebrauch zu verwenden [2]). Widersetzt sich ihr Eigenthümer und wird geschlagen oder verwundet, so ist der Pfändende von jeder Verantwortlichkeit frei [3]). Jeder Versuch des Eigenthümers seine gepfändeten Thiere aus dem Gewahrsam des Pfandinhabers zu nehmen, ohne dem Pfänder seinen Schaden ersetzt zu haben, gilt als Raub [4]), und wird hart bestraft [5]),

B. Wenn auch die Eigenmacht in den erwähnten Fällen erlaubt ist, so wird sie dagegen sonst verboten, und zahlreich und genau sind die Bestimmungen, welche Eigenmacht und Anmaßung, diese beiden in der hochfahrenden

---

1) Wilda l. c. §. 3.

2) Lex Burg. tt. 23. c. 4. Lex Baj. XII. 4. edict. Rot. c. 354. 55. Lex Wisig. VIII. 5. 1. Cancian. IV. leg. Angli. Leg. Inae. c. 49. Richthofen, Westerwolder Landrecht 1470. c. 9. §. 2. Nach dem Sachsenspiegel II. 47. §. 3. nimmt der Gewersinhaber, wenn Gänse, Bären oder brünstige Pferde eindringen, zwei Männer die den Schaden beweisen können, und folgt mit ihnen dem Vieh bis zu deßen Herrn, der dann den Schaden so ersetzen muß, als wäre das Vieh gepfändet.

3) Lex Burg. Wilda l. c S. 243—44. Lex Burg. tt. 27. c. 4—6.

4) Jüt. Low III. 50.

5) Lex Burg. tt. 25. §. 1. 3. Sächs. Landr. II. 27. 47. Ueber das Pfändungsrecht gegen den säumigen Zinsschuldner siehe unten die Lehre vom Verzug §. 17. 18.

Natur und in dem trotzigen Charakter des Deutschen begründete Eigenschaften, beherrschen und bestrafen sollen. Beide Eigenschaften können in verschiedner Weise vorkommen. Jemand kann eigenmächtig verfahren, weil er ohne alle rechtliche Hülfe sich selbst begründetes oder unbegründetes Recht zu verschaffen oder zu erzwingen sucht, oder er beachtet zwar einige gesetzliche Formen, unterläßt dagegen die übrigen. Ferner ist auch möglich, daß Jemand zwar vollständig alle gerichtlichen Formen beobachtet, aber anmaßend sich dadurch erweist, daß er ganz unbegründete Ansprüche so erhebt, als wären diese von sehr großer Bedeutung und über allen Zweifel erhaben. Die einzelnen Fälle sind nun folgende.

1) Jemand bemächtigt sich eigenmächtig einer Sache ohne Zuziehung des Richters mit der Behauptung: „er sei zu ihrer Besitznahme vermöge einer Berechtigung befugt." Hier scheinen einige ältere Rechte angenommen zu haben, daß wenn der Gewaltthäter sein Recht an der Sache beweist, er wegen seiner Eigenmacht nicht bestraft wird [1]).

Da jedoch diese Stelle den übrigen zahlreichen Bestimmungen widerstreiten, in denen bezüglich der Bestrafung nicht unterschieden wird, wie der Proceß ausgefallen ist, so sind sie nur als Ausnahmen zu betrachten, die aus den alleräl testen Zeiten abstammen, oder man hat bei ihnen zu ergänzen, daß die Besitzergreifung mit Zuziehung einer richterlichen Person erfolgte. Die meisten Stellen scheinen

---

1) **Lex Burgundio tt. 19. c. 2.** „quicunque caballum alienum quasi agnitum pro suo tulerit et *suum esse* non potuerit adprobare caballi alterius ejusdem meriti amissione damnetur." tt. 83. §. 2. „si falsus fuerit in agnoscendo rem quam male agnovit et aliud tantum cogatur exsolvere."

allerdings vorauszusetzen, daß Jemand sich eigenmächtig einer Sache bemächtigt, die wirklich die seinige ist [1]), aber daß dieses nicht nöthig ist, beweisen die Worte des Sächs. Landrechts „man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage“ [2]), nach denen es keinen Unterschied macht, ob derjenige, welcher sich eigenmächtig in Besitz der Sache setzt, ein Recht an ihr hat oder nicht.

Die Strafe der Eigenmacht kann daher auch nicht fallen oder steigen, je nachdem der Gewaltiger an der Sache berechtigt ist oder nicht, sondern muß sich in beiden Fällen gleich bleiben und ist nur da größer, wo zugleich als Strafe der Verlust des eigenen Rechts bestimmt ist. Denn dann ist derjenige, der gar kein Recht zu verlieren hat, härter zu bestrafen als derjenige, der außer der Buße sein Recht an der Sache einbüßt. Als Grundsatz für die Eigenmacht gilt, daß der Gewaltthäter wegen seiner Eigenmacht zwar sehr hohe Buße erleiden kann, aber sein etwaiges Recht an der Sache beibehält.

Diese vom Römischen Recht abweichende mildere Behandlung der Gewalt bei Sachen hat ihren Grund sowohl in der überwiegenden Anerkennung der persönlichen Freiheit

1) Lex Sal. tt. 37. §. 1. 2. „si quis animal *suum* perdiderit, debet achrachmire, si noluerit, et violenter quod se agnoscere dicit tulisse convincitur, 1200 denar culpabilis judicetur. Lombarda t. 27. c. 10. „nullus alteri praesumat res *suas* sine judicio legali tollere aut invadere, et qui hoc facere praesumserit, bannum componat.“

2) Siehe II. 24. II. 70. III. 83. Schwäb. Landr. c. 164. Luitp. VI. 90.

und des Eigenthums, als auch in dem Mangel des strengen Begriffs von Besitz nach Römischer Anschauung [1]). Auffallend ist eine Bestimmung des Kaiserrechts, das doch sonst wahrlich nicht im Vergleich mit den übrigen Rechtsbüchern des Mittelalters an folgerichtiger, nach echt Deutschem Sinn fortgebildeter Entwickelung der Rechtsinstitute zurücksteht, sondern sie vielmehr durch körnigen Tiefsinn, durch wahre tief empfundne Begeisterung für Deutsches Recht und für Aufrechterhaltung des Deutschen Reichs, durch klare Erläuterung der speciellen Rechtsinstitute, durch zwar allgemeine aber keineswegs phrasenhafte Rechtsgrundsätze und lebendige, tiefsinnige Rechtssentenzen in vielen Beziehungen übertrifft.

Da nemlich nach seinen Worten „eyn iglich man sal wiszen, daz wer den andern leszet in sin gut silzin dri tag und sechs wuchen, also daz sich der anneme, daz dicz gut sin sy, der en mag noch en sal yenen ustriben mit gewalt nach des keisers satzunge. Sint der keiser hat gesprochen, „wer in gut sitzet dri tage und sechs wochen, der hat ein recht gewere, die sal im nieman nemen oder brechen dan mit des keisers recht." [2]), dem Eigenthümer das Recht abgesprochen wird, mit Gewalt denjenigen zu vertreiben, der bereits sechs Wochen und drei Tage das fremde Grundstück inne hat, so folgt, daß vor dem Ablauf von sechs Wochen und drei Tagen die Gewalt erlaubt ist. Der Eigenthümer ist dann berechtigt, sich eigenmächtig in den Besitz zu setzen, und nach erhobenem Proceß zuerst den Beweis seines Rechts zu liefern.

Gegen diese Ansicht streiten aber nun ausdrücklich die

1) Vergleiche Bruns, das Recht des Besitzes S. 296—300.
2) Kaiserrecht II. 109.

Worte des Schwabenspiegels „underwindet sich (ein man) des guotes ane gerihte, daz heizen wir roup“ [1]), nach denen die Besitznahme eines Grundstücks ohne Richter gegen den Willen seines Inhabers als Raub gilt. Um beide sich widersprechende Stellen zu vereinigen, ist wohl das Kaiserrecht von dem Fall zu verstehen, wo derjenige, deßen Gut in seiner Abwesenheit ein Dritter in Besitz nimmt, noch innerhalb von sechs Wochen und drei Tagen nach dieser Besitzergreifung berechtigt ist, gegen diese in seiner Abwesenheit vorgenommene Besitznahme Gewalt anzuwenden. Der Schwabenspiegel dagegen setzt den Fall voraus, daß Jemand, der entweder das Grundstück noch gar nicht beseßen, oder seit längerer Zeit nicht mehr beseßen hat, sich eigenmächtig deßelben bemächtigt. Diese Ansicht wird auch durch die Bestimmung unterstützt, daß derjenige, der sich eigenmächtig seines von einem Dritten bereits Jahr und Tag beseßenen Grundstücks unterwindet, dann nur als Friedensbrecher gilt, wenn er während dieser Zeit anwesend war [2]).

Wenn bei Grundstücken die Gewalt gestattet ist, ehe sechs Wochen und drei Tage seit der Besitzergreifung von Seiten eines Unberechtigten verfloßen sind, so scheint dagegen in der ältesten Zeit bei beweglichen Sachen eine drei Tage, später einen Tag lang dauernde ungestörte Besitznahme nöthig gewesen zu sein, um dem Eigenthümer die Berechtigung zu nehmen, gegen den unberechtigten Inhaber ohne Zuziehung einer gerichtlichen Person Gewalt anzuwenden. Denn ausdrücklich wird dem Bestolenen, der den

1) Schwäb. Landr. c. 196.

2) Schwäb. Landr. c. 235. Kul. R. V. 38. Distinkt. I. 32. 12. Gengler, Medebach Stadtrodel 1350. §. 32.

Dieb verfolgt und ihn vor Ablauf von drei Tagen später von einem Tag nach erfolgtem Diebstal erreicht, das Recht zugesprochen, mit erhobenem Gerüfte dem Diebe die Sache sofort wieder abzunehmen [1]).

Der Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien hat wohl seinen Grund in ihrer sachlichen Natur. Die Mobilie kommt in die bereits vorhandne Grundgewere ihres Inhabers, seine über sein Grundstück ihm gebürende Gewere umfaßt alles das, was sich in ihrem Umkreis befindet. Die Grundstücke dagegen bilden selbst die selbstständige Grundlage der Gewere, folglich wird hier mehr Zeit zur Selbstständigkeit der Gewere erfordert, und die Berechtigung ihres früheren Inhabers zur eigenmächtigen Wiedernahme dauert länger.

Hat Jemand ferner seine bewegliche Sache als Commodat oder als Pfand überliefert, und nimmt sie mit Gewalt früher weg, als bis die Pfandschuld getilgt oder das Pfandobject durch Stellung eines Bürgen befreit ist, oder die zum Commodat bestimmte Zeit ablief, so gilt dieses als Raub, und der Eigenthümer wird wie ein Räuber bestraft, oder muß wenigstens hohe Geldstrafen zahlen [2]). Ja selbst dann, wenn die Pfandschuld gezahlt

1) Lex Sal. tt. 37.

2) Grimm l. Mörfelder Centweisthum S. 489. Leg. Luit. V. c. 8. 11. „si quis alii homini wadiam dederit et fidejussorem posuerit, et ipse fidejussor eum pignoraverit, et pignora ipsa ad creditorem ejus dederit, et postea ipse, cujus pignora fuerint, per vim ea tulerit, componat ipsa pignora in octogild.“ Lex Wis. V. 6. 2. Kaiserrecht II. 20. „ein iglich man, der dem andern sin gut borget, uf ein zit zu geldene, der sal es fordern mit des keisers recht. tut er des nit, und wil es geweldiglich wider gewinnen, so richte man es an im nach dem *raubrecht*“, welche Worte auch beweisen, daß der Commodans

oder die für das Commodat festgesetzte Zeit abgelaufen ist, hat der Eigenthümer doch keineswegs das Recht, sich eigenmächtig seiner Sachen zu bemächtigen, denn solches enthielte einen Eingriff in die Gewere ihres Inhabers [1]). Sehr hoch steigt die Strafe, wenn der König oder sein Stellvertreter die Sachen, deren man sich eigenmächtig bemächtigt, unter seinen besonderen Bann stellte [2])

Ist bereits ein Proceß über die Sache anhängig und bemächtigt sich eine Partei des Streitobjekts mit Gewalt, ehe zu Gunsten ihrer Ansprüche, welche die beßern sind, das Urtheil des Richters entschieden hat, so verliert sie ihre Ansprüche, und muß die Sache ihrem Gegner in dem Zustand überliefern, in welchem sie sich bei der gewaltsamen Wegnahme befand [3]), sowie denn überhaupt jede Verfügung über ein Streitobject verboten ist [4]). Die gewaltsame Wegnahme eines Streitobjects wird deswegen härter bestraft, weil sie einen unmittelbaren Eingriff in die bereits schon angegangene und thätig gewordene Gerichtsbarkeit enthält.

---

eine Gewere am Gut durch seine Hingabe des Gutes verliert, denn sonst hätte man von keinem Raub sprechen können. Lex Wis. VIII. Lex Burg. t. 23. c. t. 27. c. 6.

1) Kaiserrecht l. c. vergleiche auch Albrecht, Gewere S. 83.

2) Cancian. II. for. antiq. p. 478, noticia de banno, hier zahlt der Uebertreter 1000 Goldstücke.

3) Lex Wis. VIII. c. 2. „quicunque violenter expulerit possidentem, priusquam pro ipso judicis sententia praecedat, si causam meliorem habuerit, ipsam causam de qua agitur perdat, ille vero qui violentiam pertulit, universa in statu quo fuerant, recipiat, et quae possedit, securus teneat.“ Capt. VI. cap. 161. 353.

4) Lex Baj. tt. XIV. c. 5. „rem in contentione positam non liceat donare nec vendere“. Canciani I. l. Long. alter. addita ment. a. leg. Ludo. II. c. 18.

Uebrigens scheint auch noch nach anderen Fällen die gewaltsame Wegnahme einer streitigen Sache hart bestraft worden zu sein. Denn nach den Worten des Kulmischen Rechts „unde hat eyn man gut in syner gewere, das vor gericht myt rechte beclagt ist, und spricht is eyn man myt gerichte an, und unterwindet sich des gutes ane gericht, daz heysse wir roub und ab her doruf icht nymmet, das sal man ober yn richten, alse obir yenen rouber, von deme hyvor geschreben ist. Und nymmet her doruffe nicht, so hot her doch gevrevilt an deme des das ist, und ouch an deme richter. Dy vrevil ist etzwo funf phunt etzewo mynre, etewo mere“ [1]), wird derjenige, der die von ihm verklagte Sache vor beendigtem Proceß wegnimmt, wie ein Räuber bestraft, und muß selbst dann, wenn er nur in das Grundstück eindringt, ohne etwas zu nehmen, hohe Buße zahlen. Ferner gilt derjenige als ein Räuber, der auf dem bestrittenen Grundstück Häuser aufführt, oder von dem bestrittenen Boden das Korn wegnimmt [2]), wenn später zu seinem Nachtheil der Proceß entschieden wird. Auch wird derjenige als ein Friedensbrecher bestraft, der sich eigenmächtig einer ihm durch das Gericht bereits aberkannten Sache bemächtigt [3]).

Der Eigenthümer kann endlich gewaltsam verfahren, wenn das Gericht den Proceß beendigt und ihm die Sache zugesprochen hat. Schwierig ist zu bestimmen, ob hier der Eigenthümer oder der juristische Gewersberechtigte befugt

1) Kul. R. V. 38.

2) Jüt. Low II. 72. 8. Lex Bajuv. tt. XI. c. 6.

3) Jüt. Low II. 72. 6. Schwäb. Landr. c. 196. Kul. R. V. 38. Dist. I. 46. 6. Sächs. Landr. I. 70. Canciani l. c. II. form. ant. p. 473. qualiter sit noticia salvae quaerelae.

ist, ohne Zuziehung des Richters oder einer sonstigen gerichtlichen Person, sich eigenmächtig der Sache zu bemächtigen, nöthigenfalls mit Gewalt sie in Beschlag zu nehmen.

Hat ein Dritter am Proceß Unbetheiligter die Sache in seiner Gewalt, so darf der Sieger im Proceß gegen diesen keine Gewalt anwenden, denn dieser Dritte ist sogar berechtigt, wenn ihm Jemand mit Zuziehung der Gerichtsbehörden das Gut abnehmen will, ihn sammt den Gerichtspersonen abzuweisen, denn weder das Gericht noch auch eine Privatperson dürfen einen Dritten, ohne daß gegen ihn geklagt wird, aus der Gewere seiner Sache weisen. [1]. Diese Bestimmung beweist, daß auch im Deutschen Recht das zwischen den Parteien gefällte Urtheil keine Gültigkeit gegen Dritte hatte.

In Bezug auf den überwundnen Gegner dagegen scheint Albrecht der Ansicht zu sein, daß die siegreiche Partei berechtigt ist, sich eigenmächtig in Besitz zu setzen, und er beruft sich namentlich zum Beweis seiner Behauptung aufs Lehnrecht, wo derjenige, der vor Gericht entweder freiwillig oder unfreiwillig vom Lehnsherrn die Lehnsgewere empfängt, befugt ist, selbst ohne den Lehnsherrn zuzuziehen,

1) Sächs. Landr. II. 24. §. 1. „man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen von gerichtes halven, al si he dar mit unrechte an kommen, man ne breke si eme mit rechter klage.“ Sächs. Landr. III. 83. „svie en gut enem anderen gift, unde let it in sine gewere dar he selve kene gewere an ne hadde unde wert jene von gerichtes halven dar in gewiset, jene die der gewere hevet mut die inwisunge wol wedersprecken unde jenen utwisen , . . en man n'is nicht plichtich sine were to rumene, he ne werde dar umme beklaget unde vorgeladet.“

sich eigenmächtig des Lehngutes zu unterwinden [1]). Zwar unterscheidet er bei der durch gerichtliches Urtheil gegebenen juristischen Gewere zwischen ihrer Ertheilung und zwischen der späteren gerichtlichen Immission [2]). Da er aber bei der gerichtlichen Auflaßung sagt, „der Veräußerer ledigt sich seiner Gewere im Augenblick der Auflaßung der Art, daß der Empfänger gegen ihn als Nichtbesitzer verfahren und sich eigenmächtig der Gewere unterwinden darf [3])", so wird er diese eigenmächtige Besitzergreifung, gegen welche der Widerstand als Friedensbruch erscheint [4]), auch für die durch richterliches Urtheil zuerkannte juristische Gewere gelten laßen müßen. Denn ausdrücklich wird gesagt, daß derjenige der Gewere darbet, der das Gut vor Gericht auf- läßt, oder solches durch Urtheil verliert [5]).

Die Stellen des Lehnrechts, aus denen Albrecht seine Ansicht beweisen will [6]), sprechen aber nur von dem Fall, wo der Lehnsherr sich weigert, den Vasallen in den Besitz des Lehnsgutes einzuweisen, und wo dieser nur berechtigt ist, sich ohne Lehnsherrn in den Besitz zu setzen. An diesen

---

1) Albrecht Gewere S. 285. N. 813. b. Sächsisch Lehnrecht 10. Schwäb. Lehnrecht 20. §. 1.

2) Albrecht S. 37.

3) Albrecht S. 70.

4) Albrecht S. 70.

5) Sächs. Lehnr. 41. „sweme sin gut mit lenrechte verteilt wirt, oder erz uflet, der sal der gewere darben." Albrecht l. c. S. 37.

6) Sächs. Lehnrecht 10. „wenne ein herr sime manne wigert zu beweisene sogetan gut, das her ime lieh, der man unterwindet sich sogetanes gutes sonder beweisunge", ferner Schw. Lehnrecht 20. §. 1. 13. §. 2. Albrecht S. 285. N. 813. b. S. 70. N. 141.

Stellen wird jedoch nirgends gesagt, daß der Lehnsherr wenn er sich der factischen Besitzergreifung thatsächlich widersetzt, eigenmächtig vom Vasall ausgewiesen werden darf. Nach den angegebenen Stellen überläßt es der Lehnsherr dem Vasallen, sich in den Besitz des Gutes zu setzen, der Lehnsherr ist selbst nicht im Besitz des Gutes, sondern dieses ist entweder ohne Inhaber, oder der Inhaber giebt freiwillig den Besitz auf, von einer gewaltsamen Vertheidigung oder Besitzergreifung ist nirgends die Rede.

Da nun die Stellen des Landrechts, wie Albrecht selbst zugiebt [1]), beständig von einer Einweisung durch den Richter handlen, so scheint eigenmächtige gewaltsame Besitznahme von dem Berechtigten unstatthaft gewesen zu sein. Allerdings sind manche Landrechte nicht ganz bestimmt über diesen Fall, so z. B. soll nach einem Friesischen Recht Niemand mit Gewalt ohne Anklage und ohne Erlaubniss des Richters und des Volkes einen Andern aus seinem Besitzthum herauswerfen, welche Worte zweifelhaft laßen, ob nicht, wenn die Erlaubniss gegeben ist, der Berechtigte allein für sich die Gewalt ausüben darf [2]). Wenigstens aber ist sicher die eigenmächtige Besitznahme für den Fall verboten [3]), wo eine bewegliche Sache sich in der Grundgewere ihres Inhabers befindet.

---

1) Albrecht S. 70. N. 141.

2) Richthofen b. 117. Kur. K. 4. „hy tyen merka schieldich se, thi ther and otheres wera fare umbeteldere tele and umbethingat hes, ande buta asega ledene and liuda orleve." Pertz. l. c. II. Henr. treug. 1230. c. 11. „nullus a possessione rerum, quas possidet, ejicietur nisi possessio ab eo in juditio evincatur."

3) Vergleiche auch Freiberger Stadtrecht bei Schott. Sammlung Deutscher Land- und Stadtrechte B. III. Freiberger Stadtrecht Art.

Als eine besondere Eigenmacht gegen eine Sache, an der man in einer gewißen Beziehung berechtigt ist, erscheint denn auch der Fall, wo Jemand mehr Recht sich an einer Sache anmaßt, als ihm rechtlich zusteht. In diesem Fall nemlich scheint als allgemeiner Grundsatz zu gelten, daß derjenige, der solches auszuführen versucht, sein Recht an der Sache zur Strafe einbüßt. Behauptet z. B. eine Frau, daß ein Gut ihr Eigenthum ist, während ihr dieses doch nur als Leibgeding dienen soll, so verliert sie zur Strafe dieses Recht [1]), bemächtigt sich Jemand eigenmächtig eines Guts, an dem er als einem Erbgut für den Augenblick nur eine eventuelle Berechtigung hat, so verliert er auch selbst diese eventuellen Ansprüche [2]). Ebenso verliert derjenige, der ein Gut auf Lebenszeit zum Gebrauch erhalten hat, sofort! sein Recht, wenn er dieses Gut dem zukünftigen Berechtigten zu entziehen sucht [3]), und dem Vasallen wird sein Lehngut entzogen, sobald er wißentlich am Gut eine Veräußerung im engern Sinn vornimmt [4]).

IX, wo ausdrücklich zum Anefang des bestolenen Pferdes verlangt wird, daß das Pferd nicht innerhalb des Hofraumes seins unberechtigten Inhabers sich befindet." welch mann ein pfert anvangen [will, der sal sie warten an der vrien strazen oder an dem markte, oder an der trenke oder wohe will, ane in keines mannis huse, da mac is niht gesin."

1) Schwäb. Landr. c. 33. „sprichet si ez si ir (libgedinge) eigen, unde enmag si des niht behalten, mit der unrechten ansprâche hât si ir lipgedinge verlorn: alsô mac einem jeglichem menschen geschen."

2) Sächs. Landr. III. 84. Dist. I. 39. d. 2.

3) Kaiserrecht II. 76. „wer dem keyser sin gud wil avependich machen, dem sal me ez nemen, und sal ez dem keyser weder geben."

4) Lib. Feud. II. 38. II. 42. §. 1. II. 44. pr.

Als eine nicht unbegründete, den Römischen Bestimmungen sich annähernde Erweiterung dieses Grundsatzes erscheint denn die Bestimmung von Friederich II., nach welcher derjenige seine Sache einbüßt und den zugefügten Schaden zweifach ersetzen muß, welcher ohne Richter eigenmächtig sie weggenommen hat [1]).

Als eine Eigenmacht gilt auch, wenn Jemand ohne die gesetzlichen Formen zu wahren, eine Pfändung wegen seiner Ansprüche vornimmt. Auch hier scheint es keinen Unterschied zu machen, ob die Ansprüche begründet sind oder nicht, ob sie bereits vor Gericht anerkannt oder bestritten wurden. Der Hauptfall dieser Eigenmacht ist, daß die Pfändung ohne Zuziehung des Richters erfolgt, oder dieser zwar hinzugezogen wird, aber der Gegner noch nicht in gehöriger Weise aufgefordert ist, sich vor Gericht zu stellen [2]). Die Folgen sind verschieden. Selten verliert der Pfänder sein an und für sich begründetes Recht, wie z. B. nach dem Burgundischen Recht [3]); nach dem Bajuvarischen Recht tritt dann der Verlust ein, wenn Jemand ohne Grund nur im Nothfall zu pfändende Gegenstände, wie z. B. Schaafe, pfändet [4]). Sonst aber pflegt der Pfandnehmer, dem sein

---

1) Pertz. II. Cur. Mog. cont. pac. c. 5. 1235. „nullus, in quacumque re dampnum vel ei gravamen fuerit illatum, se ipsum vindicet nisi prius querelam suam coram suo judice propositam secundum jus usque ad diffinitivam sententiam prosequatur ... si quis aliter processerit ad vindictam nullam actionem sibi de dampnis vel gravaminibus illatis sibi de cetero competente.“

2) Lex Sal. tt. 54.

3) Lex Burg. tt. 19. c. 1. „qui ante audientiam cujuscunque pignora abstulerit, causam perdat et inferat mulctae nomine sol. XII.“

4) Lex Baj. tt. XII. c. 5. 1. 2.

an und für sich begründeter Rechtsanspruch bestehen bleibt, nur Buße zu zahlen, die bis zum doppelten Werth der gepfändeten Gegenstände steigen kann [1]). Auch ist dem Gläubiger wegen an und für sich wohlbegründeter persönlicher Ansprüche streng untersagt, ohne den Richter sich seines Schuldners zu bemächtigen, oder ihn ohne Richter vor Gericht zu bringen [2]). Nimmt der Gläubiger eigenmächtig seinem Schuldner das Geld, so kann der erstere sich nicht beschweren, wenn der Schuldner ihm nacheilt und ihn bei der Hinwegnahme des Geldes beschädigt [3]). Die Strafe der Eigenmacht besteht für den Gläubiger in einer sowohl an den Schuldner als an den Richter zu zahlenden Geldstrafe, dagegen verbleibt ihm in gleicher Weise wie bei dinglich begründeten Ansprüchen seine Forderung, mag diese bereits vor Gericht eingebracht oder durchgeführt, oder noch gar nicht geltend gemacht worden sein [4]). Ueber die Personalhaft des Schuldners siehe §. 14.

2) Während in den früheren Fällen an und für sich ein Recht oder eine Forderung begründet sein kann, und nur die ungerichtliche Weise, sie geltend zu machen, bestraft wird, kann auch vorkommen, daß zwar das Gericht hinzugezogen wird, aber wegen des nichtigen Erfolgs die Erhebung der Ansprüche als strafbar erscheint.

---

1) Lex Wisig. V. 6. 1. Lex Alam. tt. 98. Lex Baj. t. XII. c. 3.

2) Kulm. R. II. 55. „is en sal nymant den andirn umme schult hyndirn myt gewalt, noch vor gerichte brengen ane den richter.“ Gengler, Hannover. R. Rbrief v. Herzog Otto I. von Braunschweig 1251. §. 3. Regensburg. Frhtbrief v. Friedrich II. 1230. §. 3.

3) Gengler Passauer Rbrief v. 1300. §. 30.

4) Heumann Ingolst. Stadtrecht §. 53.

Derjenige, der mit einer einfachen persönlichen Klage abgewiesen wird, erleidet keine Strafe, wohl aber tritt solche ein, wenn Jemand eine Sache mit dem Anfang (Ansprache im engeren Sinn) als die seinige anspricht, ohne sein unmittelbares Recht an der Sache beweisen zu können. Hier liegt zwar keine unmittelbare Gewalt vor, wohl aber eine strafbare Anmaßung. Denn da der Anfangende durch das Anfaßen des Streitobjects als ein Wohlberechtigter auftreten will, und sein Recht an der Sache als wohlbegründet und unwiderstehlich darstellt, ja einen Eid schwört, daß die Sache früher sein war, und jetzt noch ihm gehöre[1]), so muß er mit Recht, wenn später am Ende des Processes dieser mit so großer Feierlichkeit und Sicherheit erhobene Anspruch sich als leer und nichtig ausweist, Buße an den Gegner, Wette an den Richter zahlen[2]).

Behauptet der Anwesende, die Sache wäre ihm gestolen, und er kann solches nicht beweisen, so steigert sich seine

---

1) Lex Baj. tt. XVI. c. §. 2. si (quis) autem suum voluerit vindicare illum agrum aut pratum vel exartum, vel unde illa contentio est taliter vindicet. *Juret cum sex sacramentalibus,* et dicat . . . . Schott B. III. Freiberger Stadtrecht Titel VI. Kulmisches R. III. 130. Grimm I. Recht der Waltboten zu Mainz S. 533. Distinkt. IV. 42. 3. IV. 42. 25.

2) Luitp. VI. 95. Sächs. Landr. II. 36. §. 5. III. 43. §. 1. Albrecht S. 86. Lex Baj. tt. XVI. c. 1. §. 2. Lex Burgund. tt. 19. c 2. „quicunque caballum alienum quasi agnitum pro suo tulerit, et suum esse non potuerit adprobare, caballi alterius ejusdem meriti amissione damnatur“, tt. 83. §. 2. „si vero falsus fuerit in agnoscendo“, rem quam male cognovit et aliud tantum cogatur exsolvere.“ Die Buße besteht hier also in der Verpflichtung noch einmal den angefangenen Gegenstand zu liefern.

Strafe, z. B. zahlt er in diesem Fall dreißig Sol. dem Gegner, dreißig Sol. dem Richter [1]).

Aus einem ähnlichen Grund muß derjenige, der sich bei einer gegebenen Entscheidung nicht beruhigt, sondern die Sache noch einmal vor ein höheres Gericht bringt, Strafe an den König bezahlen, wenn er mit seiner Klage abgewiesen wird [2]). Ebenso hat derjenige, der eine von seinen Verwandten getroffene Verfügung über gewiße Gegenstände, hauptsächlich über Grundstücke, gerichtlich anzugreifen wagt, aber seinen Proceß verliert, die sehr hohe Strafe zu zahlen, welche die Disponenten am Ende ihrer Bestimmung hinzuzufügen pflegen [3]).

3) Wenn in den meisten der vorhergehenden Fälle für die Eigenmacht, die sich auf eine gewiße, wenn auch oft nur scheinbare Berechtigung zu stützen sucht, eine Strafe eintritt, so sind natürlich die Fälle noch strafbarer, wo nicht einmal der Schein einer Berechtigung vorgegeben wird, wie z. B. beim wirklichen Raub, oder bei der Heimsuchung. Da diese Fälle rein in das Criminalrecht gehören, so sind sie hier zu übergehen.

---

1) Gengler, Weisthum v. Glogau 1315. Die nähere Ausführung erfolgt bei den Klagen, namentlich bei ihrer Eintheilung.

2) Canciani l. c. III. capit. Saxonum 797. c. 4. „si fuerit aliquis, qui in patria, juxta quod sui convicini judicaverint, seque pacificare noluerit, et ad palatium pro hujus rei causa venerit, et ibi ei fuerit judicatum, quod justum judicium judicassent, in prima vice ... sol. XXIV. ad partem regis componat". Gengler l. c. Medebach Rathswillkür v. 1314. §. 6. „si quis vero ausu temerario sententiam per consules sepedictos latam (über die Gewere) frustrare praesumpserit vel actionem renovare vel revocare, quinque mercarum penam se incursurum noverit." Kaiserrecht I. 4.

3) Fast alle Formeln sind voll von diesen Strafandrohungen. for. Lind. Baluz. Marclf. etc.

II. Solche Handlungen, die Jemand gezwungner Weise vornimmt.

Allgemeiner Grundsatz des Deutschen Rechts ist, daß die an und für sich rechtsgültigen Handlungen, die Jemand aus Furcht und aus Angst vornimmt, und zu denen er mit Gewalt genöthigt wird, keine rechtliche Verpflichtung, noch irgend welche rechtliche Wirkung hervorbringen sollen. Alle Handlungen sollen wo möglich aus offener, freiwilliger Gesinnung hervorgehen. Der Charakter des Deutschen Rechts ist, tiefer auf die inneren Beweggründe der einzelnen Handlungen einzugehen, und nicht allein auf die äußerlich gegebene Willenserklärung zu achten. Dieser Satz gilt nicht allein im Strafrecht, sondern auch im Privatrecht. Derjenige, der einen andern zwingt, eine ihm nachtheilige Handlung auszuführen, muß für allen den rechtlichen Nachtheil einstehen, den eine solche Handlung nach sich zieht, gerade so, als ob er sie selbst gethan hätte [1]).

Uebrigens kann derjenige, der in einem Gewaltsverhältniß sich befindet, und während dieses Zustands eine Handlung vornimmt, nicht immer beliebig sie so auffaßen, und sie so gelten laßen, als wäre sie aus seinem freien Willen hervorgegangen, selbst dann nicht, wenn die Handlung an und für sich nicht rechtswidrig ist. Z. B. wenn der Geächtete, der gefangen und gebunden worden ist, beabsichtigt sich aus der Acht zu ziehen, so hat diese

---

1) Schwäb. Landrecht v. Laßberg c. 301. „und ist das cyn man den anderen zwingt wid' seyn willen das er auff eynen baum steyg oder auff eyn hauss oder auff eyn burg in heysset gan die unwoerlich ist. Was er in sag tan ar ding heist tun wider seynen willen, wz im davon geschihet das sol er büssen als ob er es mit *seyner* hand hette getan."

Absicht keinen Erfolg, weil um sich mit Erfolg aus der Acht zu ziehen nöthig ist, daß diese Handlung von dem Geächteten vorgenommen wird, ohne daß er gefangen wurde [1]). Die Frage, ob derjenige, der zu einer an und für sich rechtsgültigen Handlung gezwungen worden ist, und später für diesen Zwang Geld oder sonst Sachen annimmt, die Handlung anerkennen muß, wird nicht in einer allgemeinen Regel beantwortet. Da jedoch von demjenigen, der gezwungen eine bußfällige Handlung vornimmt, gesagt wird, daß nicht wie sonst der Gewaltiger, sondern er die Buße zu leisten hat, wenn er Lohn für die Handlung nimmt, so ist auch anzunehmen der Gezwungene, welcher später Geld für den Zwang sich geben läßt, kann von da an nicht mehr die erzwungene Handlung anfechten. Bei der Gewalt ist nun zu unterscheiden, ein längeres nicht für eine einzelne Handlung erzwungenes Verhältniss von einem vorübergehenden, wo nur der Zwang für einen einzelnen Fall stattfindet.

Bei denjenigen Personen, die nicht in einem vorübergehenden, einzelnen sondern in einem anhaltenden, umfaßenden Gewaltsverhältniss als Gefangene sich befinden, hat die durch Gefangenschaft entstandene Nöthigung verschiedne Wirkung. Die Versprechungen eines Gefangenen, die ihm sein Gewalthaber abnöthigt, sind gewöhnlich ungültig, und nur das Gelöbniss der Urfehde und das Versprechen auf Treue wieder in die Gefangenschaft zurückzukehren, machen Ausnahmen [2]). Die Ungültigkeit der Versprechungen eines

---

1) Schwäb. Landr. c. 9.

2) Distinkt. IV. 4. 1. Distinkt. l. c. D. 2. Sächs. Landr. II. 41. §. 3. Schwäb. Landr. v. Laßb. c 307. „jegeliches gevangenen gelübede oder eit sol nüt stete sin, daz er in vangnüsse tût, ob

Gefangenen beruht auf dem allgemeinen Grundsatz, daß wenn Jemand, um seine Gesundheit, um seinen Leib zu retten, schwört oder auf Treue angelobt, was er weder halten kann noch mag, dieses weder seinem Recht noch seiner Ehre schadet. Ueberhaupt gilt kein einziges Versprechen eines Gefangenen, wenn seine Gefangennahme treuloserweise erfolgte [1]).

In Bezug auf einzelne erzwungene Handlungen gilt schon früh besonders für Verträge der Grundsatz, daß sie null und nichtig sind [2]). Schon in den Formeln finden sich bei einzelnen Verträgen, namentlich Kaufverträgen, zu ihrer sichern Feststellung und Verbindlichkeit die Worte eingeschaltet, daß sie weder imaginario jure noch imperio cogente eingegangen sein sollen [3]), sowie denn auch die Capitularien die Ungültigkeit der aus Furcht oder Gewalt eingegangenen Kauf- und Tauschverträge ausdrücklich ausspre-

---

er ze unrehte gevangen ist. er muoz im loben swaz er wil, die wile er in gevangen hat so aber er lidig wirt, so mag er leisten oder nüt, daz ist an siner wal. lat aber er in lidig uf sine triwe, unde lobet sich hin wider ze antwürtenne, daz sol er leisten, ob er in nüt ungetrülichen gevangen hat.“

1) Siehe die Lehre von der Treue §. 2.

2) Vergleiche auch Kaiserrecht IV. 14. „wes sich der man unbetwungen virbindet, . . . dez en mag in der keiser nit beschirmen.“

3) For. Big. f. 19. lex Wis. V. 4. I. „commutatio si non fuerit per vim et metum extorta talem qualem emtio habeat firmitatem.“ Canciani III. leg. Ang. leg. Aelf. p. 247. c. 1. Leg. Baj. tt. 15. §. 2. „si venditio fuit violenter extorta id est aut metu mortis aut per custodiam *nulla ratione firma* sit.“ Vergl. auch Gengler, Frankfurt. Stadtrecht. v. 1297. §. 29.

chen [1]). Die späteren Reichsgesetze erklären ganz allgemein alle aus Gewalt oder Furcht zu Stande gekommenen Verträge für gänzlich ungültig »principes vel alius quilibet ad ea, quae vi metuve coactus promitteret vel quibuscunque obligationibus se adstringeret, factus sui compos *nullatenus teneretur*, et tales pactiones obligatorie qualescunque censende forent, *irrite penitus et inanes*" [2]).

Das Deutsche Recht erklärt also solche Verträge für gänzlich nichtig, während das Römische Recht bekanntlich an und für sich die Gültigkeit der Verträge anerkennt, und nur eine Einrede oder eine besondere Klage auf Auflösung der Verträge gewährt.

Auch für andere rechtsgültige Handlungen gilt als Regel, daß sie keine Gültigkeit haben, wenn sie gezwungen erfolgen, wie z. B. eine erzwungene Huldigung [3]), eine erzwungene ohne der Erben freie Zustimmung erfolgte Vergabung von Gütern [4]), ein Vertrag, wo Jemand nothgedrungen mehr als übliche Zinsen verspricht [5]). Auch verliert derjenige, der gezwungenerweise einem Dritten seine Gewere überläßt, nicht das Recht sie zu besitzen [6]). Ja

---

1) Capt. VI. c. 152. 153.

2) Pertz. II. senttia de cassandis obligationibus 1233. Conv. Venet. 1157. curia Wienniae 1276—77. Pax Constant. 1183. c. 21.

3) Reyscher, Sammlung Würt. Rat. R. S. 240. 41.

4) Gengler, Wismar. Willkür 1306. „nullus ligatus aut vinctus potest dare aut erogare hereditatem suam aut alia sua bona sine assensu, quod erflof proprie dicitur."

5) Lex Wis, V. 5. 8. „quod si cautionem ultra modum superius comprehensum per necessitatem suscipientis creditor extorserit, conditio contra leges inserta non valeat."

6) Sächs. Landr. II. 24. §. 2.

selbst dann, wenn Jemand gezwungener Weise vor Gericht auf seine Freiheit verzichtet, hat eine solche Erklärung keine Wirkung [1]). Wahrscheinlich gilt dieses jedoch nur zu Gunsten der Freiheit. Denn wenn Jemand in Gegenwart des Gerichts, das ihm doch als der beste Schutz alle Furcht und Angst nehmen sollte, gänzlich über die geschehene Gewalt stillschweigt, so begründet dieses Stillschweigen die rechtliche Vermutung, der Gezwungene wolle trotz des geschehenen Zwangs seine Erklärung aufrecht erhalten [2]). Schwierig ist zu bestimmen, was für rechtliche Folgen eintreten, wenn Jemand gezwungen einen Eid schwört. Denn hier widerstreiten sich die strengen Grundsätze über die Gewalt mit den aus dem Eid entstandenen sittlichen und rechtlichen Verpflichtungen. Da der Schwabenspiegel bestimmt, daß wer gezwungen einen Eid schwört, deßen ledig vor Gott ist [3]), so läßt er unbestimmt, ob diese Freiheit und Lösung vor Gott auch für die menschlichen Verhältnisse gilt. Die Ansichten über diesen Punkt scheinen verschieden gewesen zu sein, nach der Meinung Einiger soll die Ungültigkeit vor Gott den Schwörenden auch den Menschen gegenüber von jeder Verbindlichkeit lösen, nach dem Rath von Andern aber wird ein anderes und zwar praktisches und klügeres Auskunftsmittel angewandt. Hat nemlich Jemand gezwungen geschworen, ein Gut nicht zu verlangen, so zeigt er

---

1) Capt. VII. 342. Reyscher S. 193. N. 11. Barbara Schalk ergiebt sich dem Kloster Bebenhausen als Leibeigene „bekenne ich mich mit diesem Brief, daß ich mich . . . . . mit gutem freien Willen ungezwungen und ungedrungen . . zurecht eigen gegeben habe."

2) Vergleiche die Lehre vom Verzug §. 12.

3) Schwäb. Landr. c. 147. „swer einen eid swert dâ er zuo betwungen wirt, der ist des ledic vor gote."

dem Richter an, daß er wegen seines Eides nicht klagen könne. Dann tritt der Richter für ihn ein, und zwingt den unrechtmäßigen Inhaber das Gut herauszugeben; das frühere rein privatrechtliche Verhältniss wird auf diese Weise zu ein öffentliches umgewandelt, und auf eine geschickte Art das bestehende Unrecht ohne Verletzung des Eides aufgehoben [1]).

Dieses Mittel sich in solchen Fällen an den Richter, namentlich an den geistlichen, als Vertreter der öffentlichen Gerechtigkeit und Sittlichkeit und als Vermittler zwischen den rechtlichen und sittlichen Verbindlichkeiten einer Privatperson und den Anforderungen des allgemein höheren Rechts- und Sittengesetzes zu wenden, zeigt sich auch bei andern Verhältnissen, z. B. beim Eid über Wucher [2]). Ferner wird auch dann, wenn Jemand aus Furcht vor Gewalt seinen Gegner nicht anzuklagen wagt, der Richter zu Hülfe genommen. Der Richter zwingt nemlich dann auf Bitten des Bedrängten, daß dieser die Klage anstellt [3]), ohne daß der Ankläger Nachtheil erleidet.

---

§. 7.

Der Zufall.

Der Ausdruck Zufall hat nach dem älteren Deutschen Recht eine weit umfaßendere Bedeutung als wie nach der

1) Schwäb. Landr. c. 147. Not. 58.

2) Siehe die Grundsätze über Zinsen §. 10.

3) Heumann, Bairisches Landrecht T. I. §. 2.

jetzigen Auffaßungsweise. Denn während jetzt Zufall im streng juristischen Sinn ein Ereigniſſ bedeutet, das ohne strafbare Nachlässigkeit von Seiten desjenigen eintritt, der die zufällige Handlung ausführt oder den sie trifft, kommt der Ausdruck Zufall in den älteren Zeiten auch bei solchen Ereignissen vor, bei denen irgend eine Nachläßigkeit stattfand [1]).

In Bezug auf den Zufall ist zu unterscheiden I. der Zufall bei Personen. II. Der Zufall bei Sachen.

I. Der Zufall bei Personen. Dieser schließt übrigens nicht gänzlich aus den bei Sachen, da ja sowohl die Verletzungen der Personen als auch die der Sachen mit Geld ersetzt werden.

Die Lehre vom Zufall bei Personen wird mit der fortschreitenden Entwickelung des Rechts immer mehr bestimmter, klarer und feiner, und immer mehr verbreitet sich die Auffaßung des wirklichen Zufalls als eines von jeglicher Verantwortlichkeit freien Ereignisses.

In den ältesten Deutschen Rechtsquellen ist die Verpflichtung einer Person für alles das einzustehen, was in unmittelbarem oder nur mittelbarem Zusammenhang mit ihrer Persönlichkeit steht [2]), in sehr hohem Grad selbst bei den ohne ihren Willen und ohne ihre Nachlässigkeit entstandenen Handlungen vorhanden, und nur höchst selten findet von dieser Regel eine Ausnahme statt. Daß in den ältesten Zeiten die Verbindlichkeit, für den Zufall einzustehen, sehr drückend und schwer war, beweisen die Worte des Burgundischen Rechts „quodcunque animal quolibet

1) Vergleiche auch Wilda Strafr. S. 578—80.

2) Wilda S. 522. 544—554. Rogge, über das Gerichtswesen S. 30—31. Platner über die historische Entwickelung B. I. S. 57—58.

casu aut morsu canis homini mortem intulerit, jubemus etiam inter Burgundiones *antiquam* exinde *calumniam* removeri, quia quod casus operatur, non debet ad damnum aut inquietudinem hominis pertinere“ [1]).

Uebrigens gilt jedoch schon frühzeitig als allgemeiner Grundsatz, daß die zufälligen Verletzungen von Personen zwar verpflichten Geld zu zahlen, nicht aber den Verletzten berechtigen Selbsthülfe oder Fehde anzuwenden, oder dem Gericht gestatten eine leibliche Strafe zu bestimmen, denn bereits herrscht die Regel des späteren Jütischen Rechts „was von ungefähr geschieht, nimmt den Frieden nicht [2]). Schlägt z. B. bei den Burgundern Jemand zufällig einem Andern einen Zahn aus, so zahlt er zwar fünfzehn Solidi Schadensersatz, aber er verliert nicht, wie bei dem absichtlich erfolgten Schlag seine Hand [3]), tödtet ein zufällig entschlüftes Eisen einen Dritten, so muß zwar sein Inhaber das Wehrgeld des Getödteten zahlen, aber ihn darf keine Fehde bedrohen [4]).

In einigen Fällen, wo der Zufall ganz frei von jeglicher Nachlässigkeit eintritt, verpflichtet er nicht einmal zu irgend einer Geldleistung. Ist eine Waffe in die Erde eingeschlagen und aufgerichtet, und stößt sich an diese ein Mensch oder ein Thier, so braucht ihr Eigenthümer nichts zu zahlen [5]). In gleicher Weise findet keine Zahlungsver-

---

1) Lex Burgund. tt. XVIII. c. 1.

2) Jüt. Low II. 14. §. 3.

3) Lex Burg. tt. 26. §. 1.

4) Lex Fris. tt. 12. c. 5. siehe auch noch lex Anglio. et Wer. tt. 10. §. 8. ed Rothar. c. 137. lex Luitpr. VI. c 2. Lex Frisio. add. III. c. 69.

5) Lex Burg. tt. 18. c. 2.

bindlichkeit statt, sobald ein auf einem ausgehauenen Waldstück errichtetes Feuer, ohne daß der Wind geht, ein benachbartes Getraidefeld anzündet [1]), oder die Flamme eines Herdes über einen öffentlichen Weg oder Fluß springt, und Schaden anrichtet [2]), ein angezündeter Baum nach Ablauf von vierundzwanzig Stunden Jemanden verletzt [3]), oder Menschen sich in Schlingen fangen, die an einsamen dem Verkehr entzogenen Orten gelegt sind [4]).

Eigenthümlich ist, daß das Longobardische Recht als eine besondere Bestimmung hervorhebt, der Miether von Arbeitsleuten brauche nicht einzustehen, wenn Einer seiner Arbeiter bei der Arbeit umkommt [5]). Diese nach späterer Rechtsanschauung sich von selbst verstehende Regel hat wohl darin ihren Grund, daß der Vermiether, da ohne die Vermiethung der Unglücksfall den Arbeiter nicht getroffen hätte, eigentlich verpflichtet wäre, für ihn einzustehen. Aber der Arbeiter, der befugt ist, für seine Arbeit Lohn zu fordern, muß mit Recht auch die Gefahr tragen, die mit der Arbeit verbunden ist. Daß die Rücksicht auf den Lohn entscheidet, ist ein Grundsatz, der auch auf den Erfolg von zufällig zu Grunde gegangenen Sachen großen Einfluß ausübt.

In den späteren Rechtsquellen ist für Verwundungen und Tödtungen ganz allgemein der Grundsatz ausgesprochen, daß man in keiner Weise haftet, wenn trotz der gehörigen Vorsichtsmaßregeln der Zufall eintritt. Diese Bestimmung hängt eng zusammen mit der fortschreitendern

1) Lex Burg. tt. 41. c. 1.
2) Ed. Roth. c. 148.
3) Ed. Roth. c. 148. lex Sax. tt. 12. c. 2.
4) Lex Burg. tt. 72.
5) Ed. Roth. c. 152.

feinern Auffaßung von der Natur der Bestrafung und von der Beschaffenheit der Verbrechen. In je höherem Grad eine öffentliche Strafgewalt das Verbrechen als ein Vergehen gegen die öffentliche Rechtsordnung auffaßt, in desto stärkerem Maß muß auch bei den Criminalfällen ihre Entstehung und ihr Beweggrund in Betracht gezogen werden. Je mehr das verletzte Subject mit seinen Ansprüchen zurücktritt, in desto höherem Grad kann der Verletzende verlangen, daß die öffentliche Strafgewalt nur das bestrafe, was einen wirklichen Verstoß gegen die allgemeine Strafordnung enthält. Denn je mehr die Rücksicht auf die Privatgenugthuung verschwindet, desto mächtiger muß das Streben und der Wille werden, bei den Handlungen nicht bloß den äußeren zufälligen Zusammenhang einer That mit ihrem Urheber als maßgebend zu nehmen.

Der Satz des Kaiserrechts, daß derjenige, dem Schaden geschieht, gegen den ihn Niemand, außer Gott bewahren konnte, diesen Schaden ruhig dulden müße [1]), ein Satz, in dem sich nun christliche Ergebenheit in den Willen der Gottheit statt eines heidnischen finsteren Grolls mit dem Schicksal [2]) ausspricht, verschafft sich nach verschiednen Richtungen hin Geltung.

---

1) Kaiserrecht II. c. 54. „da einem manne schaden geschiet von dem andern sins undankes, ist der schad also gescheen, daz man in bewarn mag, und ist ruszelich gescheen, da sal man in gelten nach des keisers recht. Ist er aber von der sache gescheen, daz in nieman mocht bewarn dan got; so muz man den schaden dulden. Sint der keiser hat gesprochen: virlust die nit zu finden ist, die sal man nit suchen.“

2) Vergleiche z. B. Tacit. Ann. II. c. 71. die Rede des sterbenden Germanicus.

Während früher bei der Anlage von Gruben oder Brunnen ihr Stifter selbst dann, wenn er die nöthigen Vorsichtsmaßregeln anwandte, nicht ganz von jeder Schadensersatzverbindlichkeit frei blieb, wenn sich zufällig Menschen oder Thiere an ihnen beschädigten [1]), ist dagegen nach den Rechtsbüchern ihr Verfertiger von jeder Verpflichtung Schadensersatz zu leisten befreit, sobald er die von ihm angelegten Werke mit einer über die Knie des Menschen reichenden Einfaßung umgiebt [2]). Denn der Schwabenspiegel sagt l. c. „ein jeglich man sol den schaden gelten. der *von seinen schulden* geschiht mit gescichte."

Auch braucht derjenige gar keinen Ersatz zu leisten, der beim Holzfällen an einem nicht betretenen Ort Jemanden durch einen Baum niederschlägt, nachdem er dreimal vorher jeden Anwesenden aufgefordert hat, sich fortzubegeben [3]), was selbst auch dann gilt, wenn Leute an einem gangbaren Weg nach dreimal wiederholter Aufforderung an die Anwesenden, sich zu entfernen, einen Wagen umwerfen [4]).

Das Westgothische Recht, das vermöge seiner weiter fortgeschrittenen Ausbildung nicht allein die meisten älteren Volksrechte, sondern sogar hie und da die späteren Rechtsbücher an scharfer Auffaßung und Trennung der einzelnen Rechtsfälle übertrifft, hat beim Fällen eines Baums einen nicht unwichtigen Unterschied hervorgehoben. Nach ihm nemlich wird der Holzschläger dann noch als ein Todtschläger bestraft, wenn Leute zugegen sind, die wie Greise,

---

1) Lex Ang. et Wer. tt. 10. §. 8. tt. 17. §. 2.

2) Sächs. Landr. II. 38. Schwäb. Landr. c. 754. Kulm R. V. 14.

3) Schwäb. Landr. c. 156. Kul. R. V. 16.

4) Schwäb. Landr. c. 157. Kul. R. V. 16.

Schwache, Kranke, Schlafende der geschehenen Warnung nicht nachfolgen können [1]), und aus demselben Grund muß er, wenn gegenwärtige Thiere, auf die natürlich eine solche Warnung nicht einwirken kann, durch das Fällen des Baumes umkommen, deren Schadensersatz leisten. Derselben Ansicht gemäß bestimmt auch das Westgothische Recht, daß derjenige, der auf seinem Land Gruben anlegt, zwar nicht haftet, wenn seine von ihm gewarnten Nachbarn sich in ihr beschädigen, dagegen aber Wehrgeld leisten muß, wenn Fremde, die nicht die Warnung vernehmen konnten, in die Grube fallen und sich verletzen [2]).

Diese in der Natur der Sache liegenden Unterscheidungen finden sich allerdings nicht in den Rechtsbüchern. Da sie aber nicht die entgegengesetzte Ansicht ausdrücklich aussprechen, sie ferner keineswegs alle Fälle enthalten wollen, sie auch als Privatarbeiten keine bindende Kraft haben, und die Schöffen bei den einzelnen Rechtsfällen vorzugsweise die Natur des einzelnen concreten Falls nach ihrer meistens durch kein Gesetz gebundenen, freien, individuellen Ansicht berücksichtigen können, so hat man wohl anzunehmen, daß die Berücksichtigung solcher Unterscheidungen auch ihnen nicht ganz fremd blieb.

Ferner hat das Westgothische Recht allgemein den Grundsatz aufgestellt, daß wenn Jemand rein zufällig einen Menschen tödtet, er in keiner Weise haftet [3]), ein Grundsatz, den zwar die Rechtsbücher vermöge ihrer Neigung zunächst

1) Lex Wis VIII. tt. 3. c. 3.

2) Lex Wis VIII. 4 23.

3) Lex Wis. VI tt. 5. c. 1. „non enim est justum ut illum homicidae damnum aut poena percutiat, quem *voluntas homicidii* non cruentat.“

nur die einzelnen concreten Fälle zu entscheiden, nicht in dieser allgemeinen Faßung aufstellen, der aber aus dem Geist und aus der Unterscheidung der bereits erwähnten Fälle mit Recht gefolgert werden kann. Auch läßt sich dieses schließen aus der Bestimmung, daß nur derjenige, der einen Dritten tödtet, weil er ganz nachläßig handelt, z. B. an einem Weg, wo Leute gehen oder zu reiten pflegen, wirft, schießt oder Holz haut, als ein Todtschläger bestraft wird [1]). Die Grundsätze, die über zufällige Tödtungen gelten, müßen natürlich noch in einem höheren Grad bei zufälligen persönlichen Verletzungen oder Verwundungen zur Anwendung kommen.

§. 8.

Der Zufall. Fortsetzung.

II. Der Zufall bei Sachen.

Bekanntlich hat das Römische Recht für den Zufall bei Sachen als allgemeinen Grundsatz an die Spitze gestellt, daß der Eigenthümer zunächst den Schaden tragen muß, der seine Sache trifft. Diese Regel gründet sich auf eine solche feine und scharfe Durchführung des Römischen Begriffs von Eigenthum an Sachen und auf eine solche geringe Berücksichtigung ihres zeitweiligen Inhabers, wie sie der concreten individuellen Auffaßung des älteren Deutschen Rechts und der überwiegenden Macht der Grundgewere an allen Gegenständen, die sich innerhalb ihres Umkreises be-

1) Schwäb. Landr. c. 155. 156. 157.

finden, fast ganz fremd ist. Ferner kann die Regel des Römischen Rechts, daß man dann nicht den Zufall zu tragen braucht, wenn man beweist, daß derselbe Zufall auch die Sache beim Eigenthümer getroffen hätte, sobald sie bei ihm geblieben wäre, nach den Deutschen Beweisregeln, mit Ausnahme des natürlichen Todes, nicht leicht zur Anwendung kommen. Denn wäre eine der Parteien berechtigt gewesen, etwas zu beweisen, was ihrem Gegner widerfahren sein würde, so hätte der Hauptgrundsatz des Deutschen Beweisverfahrens, „eine jede Partei ist zunächst nur berechtigt zu beweisen, was innerhalb ihrer eigenen Kreise und Verhältnisse sich ereignet oder nicht geschieht," einen bedeutenden Stoß erhalten.

Als Hauptgrundsätze laßen sich nun folgende aufstellen.

1) In allen den Fällen, wo sich Jemand eine Rechtswidrigkeit zu Schulden kommen läßt, muß er nicht allein den Schaden tragen, den unmittelbar seine Handlung nach sich zieht, sondern er steht auch für jedes Unglück und für jeden Schaden bezüglich der betreffenden Sache ein, so lange noch die Rechtswidrigkeit auf sie fortwirkt.

2) Dieser Grundsatz gilt auch dann, wenn bei an und für sich rechtmäßigen Handlungen oder Verhältnissen Rechtswidrigkeiten vorkommen.

3) Derjenige, der eine dem Recht nicht widersprechende Handlung vornimmt, weil gegen ihn oder gegen seine Sache eine Rechtswidrigkeit geschieht, haftet für keinen Zufall.

4) Tritt der Zufall bei rechtmäßigen Verhältnissen ein, so entscheidet über die Verpflichtung den Zufall zu tragen, vorzugsweise der größere oder geringere Vortheil, den der Inhaber von der Sache hat, sowie sein Gewersverhältniß zu ihr.

1. In allen den Fällen, wo sich Jemand eine Rechtswidrigkeit zu Schulden kommen läßt, muß er nicht allein den Schaden tragen, den unmittelbar seine Handlung nach sich zieht, sondern er steht auch für jeden Schaden bezüglich der betreffenden Sachen ein, so lange noch die Rechtswidrigkeit auf sie fortwirkt.

Dieser Grundsatz steht nicht für sich allein, sondern steht im engen Zusammenhang mit der ganzen subjectiven Richtung des Deutschen Rechts. Wie der Einzelne berechtigt ist, zunächst mit seinem Eid, mit seinen Eideshelfern, mit seinen Zeugen seine angeblichen Handlungen zu beweisen, oder zu leugnen, so ist er auch mit Grund verflichtet für alle die Folgen einzustehen, welche aus seinen Handlungen, namentlich rechtswidrigen eintreten. Mußte man doch im ältesten Recht selbst für rein zufällige Handlungen einstehen, um wie viel mehr nicht für Handlungen, bei denen irgendwie eine Fahrlässigkeit vorkommt.

Dieser Grundsatz gilt vor allen bei den mit Gewalt genommenen Gegenständen, und wird ganz allgemein von den Capitularien in folgenden Worten ausgesprochen, „si ex rebus, quas violenter aliquis occupat, quaelibet sub quacunque occasione perierint aut arserint vel servi violenter occupati mortui fuerint, quamlibet fraude illius, qui occupavit, id quod perit, factum non videatur tamen ab ipso quaecunque perierint, reddenda sunt, qui rem alieni juris violenter visus est occupasse“ [1]), eine Ansicht, die vollkommen mit den Römischen Rechtsgrundsätzen übereinstimmt [2]). Uebrigens gilt dieses auch bei Personen; raubt z. B. Jemand eine Frau und sie stirbt zufällig eher, als

1) Capt. VII. 355.

2) L. 1. §. 34. L. 19. Dig. de vi 43. 16.

bis er sie aus dem Mundum ihrer Verwandten losgekauft hat, so muß er ihr Wehrgeld entrichten [1]), sowie denn der Ehemann wenn er zögert, die Frau aus dem Mundium loszukaufen und sie plötzlich vor diesem Act stirbt, allen Anspruch an ihr Vermögen verliert [2]).

Aber nicht allein beim Raub von Sachen, sondern überhaupt bei der unbefugten Wegnahme und Anmaßung von Gegenständen kommt der aufgestellte Grundsatz zur Anwendung. Nimmt z. B. Jemand ohne gegründete Ursache die Sache eines Dritten von ihrem Ort hinweg, so muß er ganz unversehrt wiedergeben oder eine ihr ganz ähnliche liefern [3]). Pfändet ferner Jemand ohne rechtlichen Grund fremde Sachen, namentlich fremde Thiere, so muß er sie sowohl für allen Schaden einstehen, den sie anrichten, als auch sie ersetzen, wenn sie zu Grund gehen, sogar selbst für den Fall, daß sie an einer Krankheit umkommen [4]). Dasselbe gilt auch, sobald Jemand ein angebundenes Thier wider Willen seines Herrn losbindet, und solches bei dieser Gelegenheit umkommt [5]).

Ja selbst dann, wenn Jemand unwißentlich eine fremde Sache veräußert, also blos dem äußeren Erfolg nach eine Rechtswidrigkeit gegen ihren Eigenthümer begeht, muß der

---

1) Edict. Rothar. c. 197.

2) Edict. Roth. c. 188.

3) Capt. V. 360. „si quis causam alterius tulerit de suo loco ipsam inlaesam reddat, aut similem."

4) Lex Baj. tt. XII. c. 3. §. 1. „si quis aliquem contra legem pignoraverit, pignus sine laesione reddat et aliud simile addat." Lex Frisio add. sap. tt. 9. §. 2. lex Rip. tt. 70. c. 5. Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 327.

5) Lex Wis VIII. 4. 1.

Veräußerer sie diesem ersetzen, wenn sie zu Grunde gegangen ist. Dieses läßt sich aus der Bestimmung schließen, daß derjenige, welcher eine fremde Sache in gutem Glauben veräußert, und solche nicht aufzufinden und ihrem Eigenhümer zurückzugeben vermag, sie ersetzen muß [1]). Es wird weder, wie bei den Römern berücksichtigt, ob dieser factische Irrthum entschuldbar ist oder nicht, noch auch beachtet, ob der Veräußerer durch diese Veräußerung reicher wurde oder sein Vermögen nicht vergrößerte [2]).

Einen anderen nicht undeutlichen Beweis unserer Regel giebt die Bestimmung, daß wenn auf unrechtmäßige Weigerung eines Hubers seines Domprobstes Pferd aufzunehmen, dieses vor des Hubers Thüre an einen Pfal gebunden, später gestolen wird, der säumige Huber solches ersetzen muß [3]).

Wenn derjenige, welcher eine fremde Sache veräußert, die er in guten Glauben für die Seinige hält, solche ihrem Eigenthümer ersetzen muß, insofern er seinen Auktor nicht zu stellen vermag, so ist er zu dieser Verbindlichkeit in einem noch weit höheren Grad verpflichtet, sobald er fremde Sachen troß der begründeten Aufforderung des Eigenthümers sie herauszugeben, ohne rechtlichen Grund behält [4]). Auch hat natürlich jeder Eigenthümer den Schaden zu tragen, wenn wegen seiner eigenen Nachläßigkeit zufällig seine eigenen Sachen zu Grund oder verloren gehen. Z. B. derjenige, der sein Land bestellt, ohne solches nach der Landstraße hin zu umzäunen, muß jeglichen aus dieser Nach-

---

1) Lex Bajuv. tt. XV. c. 2. vergleiche edict. Rothar. c. 232. Schwäb. Landr. c. 50. 263. §. 5. der Irrthum.

2) Vergleiche auch §. 5. über den Irrthum.

3) Grimm l. c. I. Hof zu Hüningen.

4) Vergleiche die Fälle unter N. 2.

läßigkeit entstandnen zufälligen Schaden tragen, sofern der letztere nicht aus reinem Mutwillen von einem Dritten zugefügt wird [1]).

2) Begeht Jemand in Verbindung mit einer rechtmäßigen Handlung zugleich eine rechtswidrige, so gilt der Grundsatz unter Nr. 1.

Vor vielen geben die Grundsätze über die Pfändung vielfache Beweise von der Wahrheit der aufgestellten Regel.

Wenn gleich nemlich der Eigenthümer eines Grundstücks berechtigt ist, fremdes seinem Grundstück schadendes Vieh zu pfänden, so muß er doch auch vor Ablauf einer Nacht und eines Tages diese Pfändung dem Eigenthümer der Thiere anzeigen. Unterläßt er diese Anzeige, so ist er verpflichtet, ihren Verlust vollständig zu ersetzen, wenn sie von dieser Zeit an irgend ein Unglück oder ein Zufall trifft [2]).

Ferner ist der Pfändende gehalten, das verpfändete Vieh sofort wieder auszuliefern, wenn sein Eigenthümer andere Sachen als Pfand giebt oder Bürgen stellt. Behält er trotz dieser Anerbietungen die gepfändeten Thiere in seinem Gewahrsam, so muß er für jeglichen Verlust, den sie erleiden, einstehen, ja selbst wenn sie an einer Krankheit umkommen, die ganz ohne seine Verschuldung sie befällt, ist er gehalten, neue Thiere zu leisten [3]).

---

1) Vergleiche Wilda, Pfändungsrecht S. 231. in d. Z. f. D. R. B. I.

2) Lex Burg. tt. 49. c. 2. „si animalia in clausura redacta die et nocte fuerint retenta, et domino eorum actorique rem, is a quo tenebantur, scire non fecerit, et qualibet postmodum occasione perierint, omnia ab ipso, qui ea tacens retinuerit, reformentur.“ Lex Wis. VIII. 3. 15. Siehe auch Wilda, Pfändungsrecht S. 237.

3) Luit. VI. c. 32.

Benutzt Jemand einen ihm versetzten oder geliehenen Gegenstand, z. B. ein geliehenes Pferd, auf eine unerlaubte Weise, reitet z. B. auf einen andern Weg, als dem ihm ursprünglich gestatteten, so muß er nicht allein für diese Willkür eine Strafe zahlen, für jede Meile sechs Pfennige, oder, wie das Jütsche Low sagt, für jede Feldmark zwei Orepfennig [1]), sondern er ist auch verpflichtet, wenn das Pferd durch irgend welches Unglück, wie Raub, Diebstal, verloren geht, oder auf irgend eine Art verschlechtert wird, diesen Schaden zu ersetzen [2]). Derselbe Grundsatz gilt auch, wenn Jemand über die festgesetzte Zeit hinaus einen geliehenen Gegenstand behält [3]). In diesen Fällen ist eine unstatthafte Gebrauchsanmaßung vorhanden, und in dieser Beziehung wird der Inhaber so behandelt, als habe er die Sache gar nicht mit Willen des Eigenthümers erhalten [4]). Von dieser Regel ist jedoch der Fall ausgenommen, wo das vermiethete oder geliehene Stück Vieh während der gestatteten Zeit an dem gemeinen Tod stirbt [5]), eine Bestimmung, die das Jütische Recht für den Fall, daß der Gegenstand z. B. ein Pferd unentgeltlich verliehen wird, nicht anzuerkennen scheint [6]). Denn während dasselbe nach seiner con-

---

1) Jütsch. Low III. c. 54. §. 2.

2) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 222. 223. 258. Jüt. Low III. 54. §. 3. 4. 5. Kulmsch. R. V. 34. §. 2. Heumann, Ingolst. Stadtr. §. 39.

3) Sächs. Landr. III. 22. §. 1. „sve dem anderen liet en perd oder kledere to bescedenen dagen, halt he it over den dach, unde wert he dar umme beklaget, he sal't altohant weder geven unde beteren, of he it geergeret hevet."

4) Schwäb. Landr. c. 222. 233.

5) Vergleiche auch Wilda, Strafrecht S. 920.

6) Jüt. R. III. 54. §. 5.

creten Ausdrucksweise sagt, daß dann, wenn das Pferd so geritten ist, daß nur Top und Tapel, d. h. Sattel und Zaum (nur Haut und Knochen) wiedergegeben werden kann [1]), der Inhaber frei vom Schadensersatz ist, fügt dasselbe im nächsten §. hinzu, ist es aber (dem Inhaber) gelehnt gewesen d. h. umsonst gegeben, so gebühret es sich, daß es ohne allen Schaden so gut wie vorher wieder zu Haus kommt [2]).

Die Ausnahme eines natürlichen Todes nähert sich der Bestimmung des Römischen Rechts, daß derjenige, der beweist, daß derselbe Zufall auch beim Eigenthümer eingetreten wäre, wenn man ihm den Gegenstand zur richtigen Zeit zurückgegeben hätte, frei von der Verpflichtung wird, den Zufall zu tragen. Denn die Ausnahme im Deutschen Recht beruht unstreitig auf der Annahme, daß der natürliche Tod auch dann eingetreten sein würde, wenn der Verleiher oder Vermiether zur richtigen Zeit das Pferd wieder erhalten hätte.

Für den Satz, daß man bei an und für sich rechtmäßigen Handlungen sich vor Rechtswidrigkeit wegen des Zufalls zu hüten hat, liefert eine Bestimmung des Westgothischen Rechts noch einen neuen Beweis. Der Inhaber eines Grundstücks ist nemlich berechtigt, fremde ihm schadende Thiere aus seinem Besitzthum zu vertreiben, verjagt er sie aber auf zu stürmische Weise, so daß die Thiere bei ihrer Flucht sich verwunden, oder sich tödten, so muß er sie ersetzen [3]). Dieser feine Unterschied des Westgothischen Rechts

---

1) Jütisch Low III. 54. §. 3.

2) Ueber die Berücksichtigung des Vortheils siehe N. 4.

3) Lex. Wis. VIII. tt. 3. c. 13.

wird übrigens in den sonstigen älteren Volksrechten nicht anerkannt [1]).

3) Derjenige, der gegen eine Rechtswidrigkeit eine dem Recht nicht widersprechende Handlung vornimmt, haftet für keinen Zufall.

Unter den Fällen, welche diese Regel beweisen, sind folgende hervorzuheben.

Wenn Jemand, der auf einem verbotenem Weg fährt oder treibt, an seinem Weiterkommen mit Recht gehindert wird, während der Verhinderung etwas von seinem Gut einbüßt, z. B. durch Diebstal verliert, so hat er und nicht etwa derjenige, der ihn mit Grund wegen seines Benehmens hinderte, diesen Schaden zu tragen [2]). Da der Eigenthümer eines Grundstücks berechtigt ist, jedes seinem Grundstück schadende Thier zu vertreiben, so ist er von aller Verbindlichkeit frei, wenn er die seinem Weinberge-, Gärten- oder Getraidefeldern schädlichen Thiere verjagt, und diese sich bei der Flucht in einen Pfal rennen, oder sich sonst auf eine andere Art beschädigen [3]). Ebensowenig braucht der Grundeigenthümer Ersatz zu leisten, wenn seine Hunde, welche die schadenden Thiere vertreiben, einige von den Thieren verwunden oder todtbeißen [4]). Werden die scha-

---

1) Lex Burg. tt. 23. c. 2. „si quodlibet animal, dum de messe aut de prato aut de vinea expellitur, impalaverit, nihil ab eo qui expulit, requiratur."

2) Jüt. Low II. c. 5.

3) Lex Burg. tt. 23. c. 2.

4) Sächs. Landr. II. 40. §. 5. „Vret aver en man siner bure korn oder ander ire sat mit svinen oder mit gensen, die man nicht gepanden ne mach, hitzet man se denne mit hunden, unde bitet se die hunde dot oder wundet se se, man blift is ane wandel."

benden Thiere nicht verjagt, sondern gepfändet, so braucht der Pfänder in keiner Weise Ersatz zu leisten, sobald ihr Eigenthümer sie nicht zur rechten Zeit auslöst, und während dieser Zeit einige von den gepfändeten Thieren durch Zufall zu Grund gehen [1]).

4) Tritt der Zufall ein bei rechtmäßigen Verhältnissen, namentlich Vertragsverhältnissen, so entscheidet über die Verpflichtung, den Zufall zu tragen, vorzugsweise der größere oder geringere Vortheil, den der Inhaber von der Sache hat, und seine Beziehung zur Sache als Gewersinhaber. Albrecht hat bekanntlich hier folgenden Unterschied gemacht [2]).

a) Derjenige, welcher kraft eines Vertrags eine fremde Sache besitzt, ist von dem casus frei, wenn der Vortheil des Vertrags lediglich auf Seiten des Gebers ist, wie z. B. bei dem reinen Depositum. b) Dagegen trägt er den Zufall so, daß er die verlorene Sache vollständig ersetzen muß, wenn er unentgeltlich die Vortheile ihres Gebrauchs und Genußes hat. c) Falls aber der Geber aus Ueberlaßung der Sache an den Andern einen Gewinn zieht, so treten die Grundsätze des ersten Falls ein, der Besitzer trägt nicht die Gefahr. Zwischen beiden ersten Fällen in der Mitte soll das Faustpfand liegen.

Diese Grundsätze gelten jedoch nicht von den frühsten Zeiten an und sind außerdem auch noch mannichfachen Be-

---

1) Vergleiche jedoch darüber **Edict. Roth. c. 237. lex Burg. tt. 49. c. 2.** wo einzelne Ausnahmen von dieser Regel vorkommen. Wilda, Pfändungsrecht **S. 236. N. 133.** behauptet, daß überhaupt der Pfänder die Gefahr trägt.

2) Gewere **S. 135—136.** Vergleiche auch noch darüber Hasse die culpa des Römischen Rechts zweite Ausgabe **S. 180. N. 1.**

schränkungen ausgesetzt, welche für die einzelnen Abtheilungen zu erläutern sind.

a) Derjenige, welcher kraft eines Vertrags eine fremde Sache besitzt, ist von dem casus frei, wenn der Vortheil des Vertrags lediglich auf Seiten des Gebers ist.

Gerade bei dem Depositum, was Albrecht als Beweis für seinen Satz anführt, gelten abweichende Grundsätze. Zwar enthält die Verpflichtung des Depositars, die bei ihm zur Bewachung oder zum Verkauf deponirte Sache zu ersetzen, sobald sie gestolen wird, keine Abweichung von dieser Regel. Denn nach dem älteren Recht gilt der Diebstal nicht als Zufall, sondern seine Durchführung erscheint als eine Folge der nachläßigen custodia, die sich der Depositar mit Unrecht zu Schulden kommen läßt [1]). Geht dagegen der deponirte Gegenstand durch Feuer, Schiffbruch oder durch ein anderes Unglück zu Grund, so wird nach vielen Rechtsquellen erfordert, daß auch dem Depositar zugehörende Gegenstände durch denselben Zufall vernichtet sind, um ihn von der Verbindlichkeit des Schadensersatzes zu befreien [2]).

b) Hat der Inhaber einer fremden Sache unentgeltlich ihren Genuß und Gebrauch, so soll er allein den Zufall tragen [3]). Dieser Grundsatz ist jedoch keineswegs in den älteren Rechtsquellen so ganz allgemein angenommen worden, wie Albrecht behauptet. Namentlich findet eine

---

1) Lex Wis. V. 5. 3.

2) Lex Wis. V. 5. 5. Jütisch Low II. 114. lex Burg. tt. XIV. 2. Lübisches Recht Art. 343. Hasse S. 180. N. 1. Vergleiche auch §. 4. Die Lehre vom Fleis, und Förster, die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers in d. Z. f. D. R. B. IX. S. 113—114.

3) Vergleiche auch Hasse l. c. S. 180. N. 1.

Ausnahme für den Fall statt, wo fremde Gegenstände durch den natürlichen Tod umkommen. Diese Ausnahme, welche zu sehr in der Natur der Sache liegt, als daß sie sich nicht in verschiednen Fällen bestätigte, ist jedoch weder eine reine Anwendung der Regel, „casum sentit dominus," noch wird sie auch unter ganz gleichen Bedingungen überall zugelaßen.

Nach der Ansicht von Albrecht müßte der Empfänger von fremden gestolenen Sachen, die er in gutem Glauben von einem gutgläubigen Schenker erhielt, sie dem wahren Eigenthümer ersetzen, wenn sie zu Grunde gehen, während der Beschenkte selbst keinen Regreß wegen Schadloshaltung gegen seinen Schenker nehmen könnte. Aber weder das eine, noch das andere findet sich bestätigt. Gehen die geschenkten fremden leblosen Sachen früher zu Grund, als ihr wahrer Eigenthümer seine Ansprüche erhebt, und verlangt er später vom Beschenkten Ersatz, so ist dieser berechtigt ihn an seinen Auktor zu weisen, und dieser ist allerdings, wenn er selbst nicht wieder sich auf einen Auktor berufen kann, zum Schadensersatz verpflichtet[1]). Erscheint aber der Auktor nicht, oder weiß er keinen Auktor namhaft zu machen, so scheint allerdings der Beschenkte verbunden gewesen zu sein, den Eigenthümer zu entschädigen. Zwar wird dieses nicht direkt behauptet, da aber der gutgläubige zahlende Käufer einer fremden gestolenen Sache diese Verbindlichkeit hat[2]), so muß man auch solches beim Beschenkten annehmen, der die Sache unentgeltlich erhält.

---

1) Vergl. lex Ripuar. tt. 72. c. 1. leg. Luit. V. 14.

2) Schwäb. Landr. c. 265. „verliuset erz (der gutgläubige Käufer) vür ez angevanget wirt, er muoz ez gelten, unde dem rihter büezen."

Allerdings wird in den Sächsischen Rechtsbüchern eine solche Ersatzverbindlichkeit überhaupt verworfen [1]).

Der Fall aber, wo das fremde geschenkte Gut Vieh ist, und eines natürlichen Todes stirbt, bedarf nach den verschiedenen Rechtsquellen einer besonderen Erörterung.

Die einzelnen Quellen enthalten zwar über den Fall, wo der Zufall fremde geschenkte Sachen trifft, keine ausdrücklich ausgesprochenen Grundsätze, sondern sie behandeln hauptsächlich die Frage, was eintritt, wenn Jemand in gutem Glauben fremde gestolene Sachen kauft oder verkauft, und nun der Eigenthümer sein Recht an der Sache geltend macht. Aber da nach den Regeln über den Irrthum auch der Schenkgeber, so gut wie der Verkäufer, für Eviktion dem Beschenkten einstehen muß, so wird man im Ganzen das, was für den Kauf gilt, auch für die Schenkung bezüglich des Zufalls gelten laßen.

Findet der wirkliche Eigenthümer sein Stück Vieh oder seinen Sklaven beim Beschenkten, so beruft sich der letztere auf seinen Auktor der für ihn den Proceß zu übernehmen hat, während der Schenker bis zum Ausgang des Processes gewönlich im Besitz und Genuß der Sache verbleibt. Stirbt nun während des Processes das bestrittene Thier eines natürlichen Todes, so ist sein Inhaber von jeder Schadensersatzverbindlichkeit frei [2]), während er für das Thier einstehen muß, wenn dasselbe gestolen wird oder durchgeht.

---

1) Dist. IV. tt. 42 21. „kouft eyner vorstoln adder roubit gut adder gegeben, lest her daz usz sinen geweren, er her is under ome angefenget wert, do en darf her keyne nod umbe liden, tar her sinen eyd dorczu thun, daz her czu der czit, do her is koufte nicht en woste ab is gestoln adder geroubet wer."

2) Lex Rip. tt. 72. c. 1. 5. 6. Schwäb. Landr. c. 265.

Denn in diesen beiden Fällen wird angenommen, daß der Inhaber die nöthige custodia nicht angewandt hatte [1]). Der Beweis des natürlichen Todes ist jedoch nicht immer ein und derselbe. Nach dem Ripuarischen Recht hat der Inhaber, wenn die fremde geschenkte gestolene Sache ein Sklave war, diesen an einem Kreuzweg in Gegenwart von sechs Personen in der Art zu begraben, daß er an den Fuß des Begrabenen einen Strick bindet, der über das Grabmal ausgebreitet wird. An dem Gerichtstag erscheint er nun an der Grabstätte, beschwört mit seinen sechs Zeugen, daß daselbst der bestrittene Sklave begraben wurde, und überliefert in die Hände seines Auktors den an dem Fuß des Begrabenen befestigten Strick, durch deßen Annahme der Auktor erklärt für den Proceß einstehen zu wollen. War der fremde geschenkte Gegenstand ein Thier, so überliefert er deßen Kopf und Haut an dem Gerichtstag dem Schenker, seinem Vertreter [2]), welcher ebenfalls durch deßen Annahme sich verbindlich macht, für den Beschenkten den Proceß zu übernehmen. Das Schwäbische Landrecht c. 50. dagegen sagt ganz allgemein, ohne über die Art des Beweises Bestimmungen zu geben, „unde iz daz vihe tot in siner gewalt ane sine schulde, man sol ez im niht gelten,“ ist das Vieh todt ohne seine Schuld, man braucht es dem Eigenthümer nicht zu ersetzen [3]). Da nun gewöhnlich über Schuld und Nachläßigkeit, als innerlichen Beweggründen,

---

1) Lex Ripuar. tt. 72. c. 2. 8. Capit. VI. 214. VII. 46. Canciani leg. Loug. leg. Car. mag. c. 132. Pertz. I. cap. quae in leg. Sal. m. 803. c. 13. Kulm. R. V. 43. Schwäb. Landr. c. 265.

2) Lex Rip. tt. 72. c. 1. 6. Sächs. Landr. III. 103.

3) Vergl. auch Kulm. R. V. 34. 2.

der Eid des Betreffenden zu entscheiden pflegt, so wird auch in diesem Fall der blose Eid des Inhabers genügt haben. Gegen diesen Eid war jedoch von Seiten des Verpfänders Gegenbeweis mit drei Gezeugen statthaft [1]). Diese Bestimmung scheint zwar zunächst nur auf den Fall zu gehen, wo das Vieh in den Händen seines gutgläubigen Inhabers vor der erhobenen Klage des Eigenthümers starb, ist aber auch auf den Fall auszudehnen, wenn das Vieh nach angestellter Klage in den Händen des Inhabers stirbt, der sich auf seinen Auktor beruft. Denn es liegt kein Grund vor, hier die Wirkung des natürlichen Todes nur für den ersten Fall gelten zu laßen. Ferner scheinen sich auch noch der Schwabenspiegel und das Ripuarische Recht bezüglich der Ersatzverbindlichkeit des Auktors zu unterscheiden. Nach den Worden des Ripuarischen Rechts tt. 72. c. 6. „si autem animal intertiatum infra placitum mortuum fuerit, tunc ille, qui causam prosequitur, cum testibus memorare debet, qualiter adpretiatum fuerit," ist der auctor verpflichtet, selbst das eines natürlichen Todes gestorbene Vieh dem Eigenthümer zu ersetzen, während nach den citirten allgemeinen Worten des Schwäbischen Landrechts c. 50. diese Verbindlichkeit nicht stattfindet.

Wie wenig übrigens der Beschenkte, obgleich er unentgeltlich, oder doch nur gegen eine ganz geringe Vergütung Besitz und Genuß der Sache hatte, verpflichtet ist für den Zufall einzustehen, beweist auch sein Recht von dem gutgläubigen Schenker Schadensersatz zu verlangen, wenn der Eigenthümer die geschenkte Sache an sich nimmt [2]).

Ferner streiten gegen Albrechts Behauptung die Be-

---

1) Kulm. R. V. 34. 2. Förster, über Pfandsatzung l. c. S. 138.

2) Vergleiche darüber auch die Lehre vom Irrthum §. 5.

stimmungen, welche in einzelnen Rechtsbüchern über das Commodat gelten. Nach dem Westgothischen Recht nemlich [1]) und nach dem Schwäbischen Landrecht [2]) braucht der Commodatar geliehene Thiere, sobald sie eines natürlichen Todes sterben, nicht zu ersetzen. Wenn daher Hasse l. c. S. 180 N. 1. den Schwabenspiegel eine zusammengeleimte Arbeit nennt, weil nach ihm der Commodatar geliehenes Vieh, das stirbt, nicht zu ersetzen braucht, wohl aber geliehene leblose zu Grund gegangene Gegenstände, sofern nicht zugleich ihm zugehörende Sachen zu Grunde gehen [3]), so übersieht er als Romanist den Zusammenhang des Schwabenspiegels mit älteren Deutschen Rechtsquellen, und vergießt, obgleich er Romanist ist, daß im Deutschen Recht die Römische Rechtsregel „casum sentit dominus“ beim natürlichen Tod Anwendung finden konnte [4]). Während nun der Schwabenspiegel und das Westgothische Recht als Beweismittel des natürlichen Todes den einfachen Eid des Commodatars zulaßen, sind die Capitularien weit strenger und genauer. Sie laßen nemlich den Commodatar nur

1) Lex Wisig. V. 5. 2. „si quis alicui juramentum aut caballum aut aliud animal praestiterit et per aliquam infirmitatem apud eum qui accepit, moriatur, sacramentum praebere debebit, quod non per suam culpam neque per negligentiam morte consumtum sit, et nihil cogatur exsolvere.“

2) v. Laßberg c. 222. „lihet ein man ein pherit an eine stat.. nimmt ez der gemeine tot hin, er giltet ez nüt.“

3) Schwäb. Landr. c. 191.

4) Vergleiche über denselben Grundsatz die Lehre vom Tod der verpfändeten Objecte. Sächs. Landr. III. 5. 5. Dist. IV. 42. 20. Heumann, Bairisches Landr. Tit. 17, nach denen der Pfandinhaber die eines natürlichen Todes gestorbenen Thiere nicht zu ersetzen braucht, zugleich aber seine Schuldforderung verliert.

dann nicht für den natürlichen Tod der geliehenen Thiere haften, wenn derselbe in **persönlicher Gegenwart** des Eigenthümers erfolgte [1]. Ja die Capitularien scheinen selbst diese persönliche Gegenwart nicht immer für absolut ausreichend gehalten zu haben, da sie ausdrücklich, um den Commodatar von der Schadensersatzverbindlichkeit zu befreien, noch die Worte hinzufügen „maxime si conductus venerit pro mercede operis sui“ er ist zumal befreit, wenn er dem Eigenthümer der Thiere Lohn für seine Leihe zahlte. Sie verlangen also nicht streng, daß der Commodatar Lohn gezahlt hat, halten aber doch diesen Punkt in Bezug auf die Ersatzverbindlichkeit für höchst wichtig. Sie nähern sich schon mehr den Sächsischen Rechtsquellen, die allgemein sagen, der Commodatar müße für jeden Zufall der geliehenen Sache einstehen [2]. Wenn endlich nach Albrechts Ansicht der unentgeltliche Nutznießer von fremden Thieren den von ihnen angerichteten Schaden ersetzen muß, z. B. den von geliehenen Thieren angerichteten [3], so findet sich selbst von dieser sonst so ziemlich allgemein angenommenen Regel eine Ausnahme. Denn nach dem Longobardischen Recht hat der Empfänger eines geliehenen Thieres nur ein Drittel Schadensersatz zu zahlen, wenn die Thiere Kinder

---

1) Capt. VI. 23. „qui a proximo suo quicquam mutuo postularit, et debilitatum aut mortuum fuerit, *domino non praesente*, reddere compellatur, quod si in praesentiarium dominus fuerit, non restituatur.

2) Sächs. Landr. III. 5. 4. „svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he unverderft weder bringen oder gelden na sime werde. Kum. R. V. 34. §. 1. Gengler, Salzwedel. Stadtr. aus d, 15. Jahrh. §. 81. Altes Lübisches Recht Art. 343, siehe auch Hasse l. c. S. 180. N. 1.

3) Dist. II. 8, 4. 5. Lex Wisig. V. 5. 2. lex Rip. 72. 4.

verwunden [1]). Da das Recht sagt, der Commodatar hätte als vernünftiger Mensch die Kinder warnen müßen, und wegen dieser Nachläßigkeit zahle er ein Drittel des angerichteten Schadens, so hat in andern Fällen, wo eine solche Warnung erfolgte, oder ganz unmöglich war, der Eigenthümer allein den Schaden zu ersetzen.

c. Falls der Geber aus der Ueberlassung der Sache einen Gewinn macht, trägt er den Zufall.

Dieser Grundsatz ist in seinem Princip zu unbestimmt, um nach ihm die einzelnen Fälle entscheiden zu können. Denn einmal scheint er zu sagen, der Ueberlaßende müße auch wirklich in der That einen Gewinn gemacht haben, während doch schon auch die gewinnsüchtige Absicht genügt, um zu verpflichten den Zufall zu tragen. Ferner bestimmt er auch nicht, welche Folgen eintreten, wenn der Empfänger ebenfalls Gewinn aus der Ueberlaßung der Sache zieht. Ueberhaupt scheint aber die Lehre noch auf einem andern Grundprincip als wie auf dem von Albrecht erwähnten zu beruhen, und das von Albrecht aufgestellte mehr als eine Folge dieses andern sich herauszustellen.

Für die ganze Lehre vom Zufall ist nemlich unstreitig von der größten Wichtigkeit nicht wie im Römischen Recht die Frage, wer ist Eigenthümer der Sache, sondern die, wer besitzt die Gewere an der Sache. Nach der Beschaffenheit des Gegenstandes ist nun hier folgendermaßen zu unterscheiden.

1) Jemand ist Gewersinhaber an einer beweglichen Sache.

Da die Gewere an einer Mobilie voraussetzt, daß man

---

1) Leg. Luit. VI. 84.

die Sache factisch besitzt, so ist an und für sich die rechtliche Präsumtion vorhanden, daß der Gewersinhaber auch berechtigt ist, die Sache zu benutzen und über sie zu verfügen. Denn es liegt in der Natur der Dinge, daß man eine Sache, die man in seiner Gewere hat, gerade so behandelt, als wäre sie die seinige, z. B. denselben Fleis auf sie wie auf die eigene verwendet [1]).

In allen den Fällen nun, wo der Inhaber von fremden beweglichen Sachen diese beiden Berechtigungen oder auch nur eine von ihnen in seinem eignen Interesse ausübt, hat er den Zufall zu tragen d. h. er muß die Sache, wenn sie zu Grund geht, dem Eigenthümer ersetzen. Dieser Grundsatz gilt jedoch dann nicht, wenn der Eigenthümer für die ihm entzogene Berechtigung an der Sache ein Aequivalent vom Gewersinhaber erhält. Denn dann trägt der Eigenthümer die Gefahr, und muß sich selbst den Verlust zurechnen. Ebenso hat er die Gefahr in dem Falle zu tragen, wo dem Gewersinhaber weder das Recht zukommt, über die Sache zu verfügen, noch auch sie benutzen. Denn dann sind ihm ja die zwei wesentlichsten Bestandtheile der Gewere entzogen, er ist in dieser Beziehung nur dem Namen nach Gewersinhaber, während in Wahrheit der Eigenthümer der eigentliche Gewersberechtigte ist. Erhält aber der Gewersinhaber ein Aequivalent vom Eigenthümer für die entzogenen Berechtigungen, dann hat der Gewersinhaber die verloren gegangene Sache zu ersetzen, gerade so wie umgekehrt der Eigenthümer den Zufall tragen muß, wenn er von dem Gewersinhaber noch dafür besonders Geld erhält, daß dieser die in der Gewere schon an und für sich liegende Berech-

---

1) Vergleiche auch §. 4.

tigung ausübte. Diese aufgestellten Grundsätze finden sich nun nach den verschiedenartigsten Richtungen hin bestätigt.

Findet Jemand eine Sache, oder bewahrt er sie als bonum vacans und fordert den Eigenthümer auf sich zu melden, um sein Eigenthum geltend zu machen, so ist der Inhaber natürlich nicht verpflichtet, die Sache zu ersetzen, wenn sie durch Zufall zu Grunde geht. Denn er hat ja die beiden Hauptbefugnisse der Gewere, Verfügungs- und Nutzungsrecht nicht ausgeübt. Ebensowenig hat der Depositar die deponirte Sache dem Eigenthümer zu ersetzen, wenn sie durch Zufall verdirbt. Denn er benutzt ja weder die Sache, noch verfügt er eigenmächtig über sie[1]). Dann freilich, wenn er vom Eigenthümer Lohn für die Aufbewahrung der Sache erhält, hat er ihren zufälligen Untergang zu tragen. Denn in diesem Fall vertritt das ihm gezahlte Geld die Benutzung der Sache, und er übt wirkliche Gewere aus[2]).

Aus demselben Grund hat derjenige, dem gegen Lohn ein Gut anvertraut wird, um dasselbe einem Dritten zu überliefern, dieses zu ersetzen, wenn solches zufällig zu Grund geht[3]).

Ebensowenig trägt derjenige die Gefahr, dem sie der Eigenthümer von freien Stücken zum Verkauf überliefert, denn dann verkauft er nicht in seinem Namen und in wirklicher Ausübung seiner Gewere, sondern nur im Namen und Interesse des Eigenthümers. Erhält aber Jemand auf seine Bitte eine fremde Sache in seine Gewere, um sie zu

---

1) Sächs. Landr. III. 3. Distinkt. IV. 13. 15. Schwäb. Landr. c. 212. Kulm. V. 34.

2) Lex Wisig. V. 5. 1.

3) Heumann, Ingolst. Stadtr. §. 38.

veräußern, zu verschenken, zu verkaufen, dann hat er den casus zu tragen [1]). Denn er beabsichtigt ja dann ein Hauptrecht der Gewere, das Verfügungsrecht, in seinem Namen und zu seinem Vortheil auszuüben. Ebenso hat der Schneider, der sich freiwillig gegen Lohn erbietet, fremde Stoffe zu verarbeiten, für den Zufall einzustehen [2]), denn er verfügt über die Sache, als wirklicher echter Gewersinhaber, er verarbeitet sie, wie seine eigene Sache, er unterwindet sich ihrer für Geld.

Die bestrittene Streitfrage, wer bei den verpfändeten Gegenständen die Gefahr zu tragen hat [3]), scheint nach unserem Grundprincip zu Gunsten Buddes, der behauptet, daß nach dem Sächsischen Recht der Pfandgläubiger die Gefahr trage [4]) entschieden werden zu müßen.

Denn wenn gleich der Pfandgläubiger nicht den Genuß der Sache erhielt, so hat er doch die Befugniß und die Absicht, nöthigenfalls die Pfandsache zu verkaufen, wo er dann die Gewere in seinem Interesse durch das Verfügungsrecht zur Ausführung bringt und sich als wirklicher Gewersinhaber erweist.

Der Commodatar hat die geliehene Sache zu ersetzen, sobald sie zufällig zu Grunde geht [5]), denn da er die fremde

---

1) Capit. VII. 298.

2) Kul. R. V. 33. Schwäb. Landr. c. 189. Lübisch. R. v. J. 1240. Art. 184. Albrecht l. c. S. 155. N. 287.

3) Vergleiche Z. f. D. R. v. R. B. 9. Abh. II. Förster, die Verantwortlichkeit des Satzungsgläubigers S. 100–144. B. XI. Budde, Pfandsatzung und Eigenthum S. 410–439.

4) Budde l. c. S. 415. N. 4. Sächs. Landr. III. 5. §. 4. 5. Dist. IV. 42. 19. Richthofen, Westerwolder Landr. c. XV. §. 5. 6.

5) Sächs. Landr. III. 5. 4. Kulm. R. V. 34. I. Salzwedel.

Sache benützt, so übte er ja das Benutzungsrecht als wirklicher Gewersinhaber aus. Er ist aber von dieser Verbindlichkeit, die zufällig zu Grunde gegangene Sache zu ersetzen, vollständig befreit, wenn er dem Commodans Lohn giebt für sein Commodat [1]), oder dem Eigenthümer eine ganz gleiche Gegenleistung verspricht, denn dann ist seine Benutzung der geliehenen Sache, die Ausübung seiner Gewere durch die von seiner Seite geschehene Gegenleistung ausgeglichen [2]). Ebensowenig hat der Hirt geraubte oder von wilden Thieren zerrißene Thiere seiner Heerde zu ersetzen [3]). Denn wenn gleich er Lohn für seine Dienste bekommt, also gleichsam eine Art von Nutzungsrecht an den in seiner Gewere befindlichen Thieren ausübt, so ist doch sein Hirtenlohn nur ein Ersatz für die so große Sorgfalt, welche er auf seine Heerde zu verwenden hat. Denn gerade diese so ängstliche Sorgfalt und Aufmerksamkeit zeigt, wie wenig frei und unbeschränkt der Hirte sich als ein wirklicher Gewersinhaber geriren darf und folglich braucht er auch nicht den Zufall zu tragen.

Ist der Gewersinhaber zugleich Eigenthümer an der Sache und hat er aus einem Vertrag die Verbindlichkeit übernommen, die Sache einem Dritten zu überliefern, so trägt der Eigenthümer so lange den Zufall, als er die Sache noch in seiner Gewere behält, und noch nicht die etwaige Gegenleistung erhalten hat. Wenn er dagegen

---

Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 81. Lübisch R. Art. 343. siehe auch Hasse die Lehre v. d. culpa S. 180. N. I.

1) Capt. VI. 23.

2) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 224.

3) Sächs. Landr. II. 54. §. 4. 5. Kaiserr. IV. 22. Schwäb. Landr. c. 213. Kulm. R. V. 27. Dist. II. 7. D. 1–5. Westerwolder Landr. c. 10. §. 18.

bereits die Gegenleistung erhielt, und auf Bitten des anderen Contrahenten die Sache noch in seiner Gewere behält, so braucht er die Sache nicht zu ersetzen, wenn sie durch Zufall zu Grund geht [1]). Denn dann ist er ja in Bezug auf die Sache nur dem Namen nach noch Gewersinhaber gewesen, denn er hatte an ihr weder Benutzungsrecht noch Verfügungsrecht. Ebensowenig ist der Eigenthümer verpflichtet, sich den Schaden zuzurechnen, den er an seinen Sachen zufällig erleidet, weil er nur im Interesse und im Auftrag von andern eine Handlung vornimmt, oder sich in ein Rechtsverhältniß einläßt. So hat z. B. der Bürge ein Recht zu verlangen, daß ihm aller Schaden ersetzt werde, den er zufälligerweise erleidet, während er sich im Einlager befindet [2]).

2) Jemand ist Gewersinhaber an einer unbeweglichen Sache. Der Grundsatz bei Mobilien, daß über die Verpflichtung, den Zufall zu tragen, das Gewersverhältniß entscheidet, gilt auch für unbewegliche Sachen. Nur ist hier das Verhältniß leicht weit verwickelter, weil zu gleicher Zeit an einer und derselben Mobilie verschiedene Gewere vorkommen können. Ist nun Jemand aus einem Privatvertrag berechtigt zu verlangen, daß ihm irgend eine Gewere übertragen werde, so hat sein Mitcontrahent die Gefahr der Sache. Denn geht die Sache zu Grund, ehe die Gewere bestellt, und ehe auch der Gegenstand übertragen wurde, so kann der Gewersinhaber nicht verlangen, daß sein Mitcontrahent seine Gegenleistung prästire [3]). Der Gewersinhaber trägt also die Ge-

---

1) Kul. R. V. 33.

2) Dist. III. c. 16. D. 1—4. 10—11.

3) Vergl. auch Förster l. c. S. 135—137. Siehe Zobel, Sächs. Landr. I. 6. d. 6. ein Urtheil der Schöffen, wo bestimmt ist, daß wenn ein außergerichtlicher Kaufvertrag über ein Haus abgeschloßen ist, und

fahr der Sache. Ist dagegen die Gewere vor Gericht übertragen, so geht nun die Gefahr auf den Empfänger der Gewere über, wenn gleich der Uebertragende zufällig noch die Immobilie inne hat. Haben mehrere Personen zu gleicher Zeit Gewere an einem und demselben Gut, so tragen die verschiednen Gewersinhaber die Gefahr gemeinschaftlich, keiner kann von dem andern in irgend welcher Weise Ersatz fordern. Geht die Immobilie nur theilweise zu Grund, so trägt derjenige, welcher die Eigengewere hatte, vor allen die Gefahr, und muß sich verhältnißmäßig einen Abzug an dem quantitativen Umfang seiner Berechtigungen gefallen laßen.

Der Rentenkäufer z. B. ist berechtigt, seine ganze Rente zu fordern, wenn auch ein großer Theil des Grundstücks zu Grunde geht, oder das Grundstück keinen Ertrag wegen Unglücksfälle liefert, sein Recht ruht auf jedem einzelnen Theil des Grundstücks; der Zinsherr, der zur Anerkennung seines Eigenthums Zinsen oder Dienste erhält, kann diese fordern ohne Unterschied, ob das Gut sich verringert, oder nicht, denn nach wie vor bleibt ja ein Obereigenthumsverhältniss bestehen. — Ebenso ist der Leibzüchter bei Baurengütern zum vollen Eigenthum berechtigt seine volle Leibzucht zu fordern, wenn auch ein Theil des Baurenguts zu Grund geht. Wenn aber Dienste oder Zinsen nach dem ursprünglichen Umfang des Guts normirt werden, wenn sie, wie bei Pachtgütern, an die Stelle des entzogenen Fruchtgenußes treten, so muß natürlich ein verhältnissmäßiger Abzug eintreten, dann wird von beiden Gewersberechtigten verhältnissmäßig der Zufall getragen.

---

nun das Haus abbrennt, ehe das Kaufpretium entrichtet wurde, der Verkäufer nicht berechtigt ist, das Kaufpretium zu verlangen.

§. 9.

Die Zinsen.

Wenn schon jetzt die Grundsätze über Zinsen, Früchte und Verwendungen folgen, so streitet dieses allerdings gegen die bestehenden Grundsätze über das System. Aber diese Folge geschieht, weil die Lehre vom Zufall unmittelbar vorhergeht, und die vom Verzug fast unmittelbar nachfolgt. Denn sowohl beim Zufall als auch beim Verzug, soweit beide bei Sachen vorkommen, ist von Wichtigkeit die über Leistung von Zinsen, Früchten, Verwendungen und Verbeßerungen geltenden Grundsätze zu kennen.

Das Verbot, Zinsen zu nehmen, das bereits auf dem Concil zu Nicäa ausgesprochen wurde [1]), ist keine für sich bestehende Bestimmung, sondern hängt genau mit der ganzen Richtung der damaligen Verkehrsverhältnisse zusammen. Sowohl die kirchliche als die königliche Gewalt suchen nemlich auf alle Weise zu verhindern, daß Jemand mehr für eine Sache erhält, als sie wirklich werth ist. Der Grundsatz des Römischen Rechts, bis zu einem gewißen Mas dem Talent, der Geschicklichkeit und dem Spekulationsgeist der Parteien es zu überlaßen, einen Gegenstand so theuer wie möglich zu verkaufen, wird nicht anerkannt, und zahlreich sind die Bestimmungen, die, namentlich bei Lebensbedürfnissen, einen bestimmten Preis festsetzen, z. B. gilt es als ein schändlicher Gewinn, ein Mas Wein zu zwei Denare zu kaufen, und zu sechs Denare zu verkaufen [2]).

---

1) **Cap. I. 5.**

2) **Pertz. I. cap. dup. ad. Niumag. 806. c. 7. 5,** siehe außerdem **cap. Francof. 794. c. 4. capit. de Judaeis 814. c. 3. cap. Aquis. 869. c. 12. Capitul. L. V. c. 165.**

Das Streben, für die einzelnen Gegenstände bestimmte nicht zu übersteigende Preise festzusetzen, unterstützen die genauen Angaben über den Werth der einzelnen Sachen, die wie z. B. Vieh oder Sklaven, zum Ersatz des Wehrgelds verwandt werden können [1]). Hauptsächlich hatten die Bestimmungen über den Preis der Gegenstände den Zweck, die Armen und Schwachen zu unterstützen, damit sie nicht aus Noth gezwungen ihre Güter zu wohlfeil verkaufen und zu theuer einkaufen.

Da man nun bei den Verkehrsbeschränkungen und dem geringen Umsatz noch nicht gewöhnt ist, das Geld als eine fungible Sache zu betrachten, deßen rascher Umsatz und deßen schnelle Verwendung rechtmäßigen Gewinn verschaffen kann, so gilt der Geldzins selbst für ein Capital, und nicht nach unserer jetzigen Auffaßung als ein Ersatz für entzognen Fruchtgenuß. Und wie man bei der Zurückgabe einer Immobilie nicht noch ein anderes Grundstück mit zugeben pflegt, so auch ist es nicht statthaft, bei der Zurückgabe von Capital noch Zinsen d. h. noch ein Capital, zu leisten.

Die Zinsen gelten nun als die Wurzel alles Bösen, usura est radix omnium vitiorum [2]), und Zinsen sind dann vorhanden, wenn mehr zurückverlangt wird, als hingegeben ist [3]). Das Verbot, Zinsen zu nehmen, scheint übrigens häufig übertreten worden zu sein, denn sehr zahlreich sind die Stellen, welche die Zinsen verbie-

1) Capt. I. c. 126. lex Saxo tt. 19. Cap. Saxon. 797. cap. ult. lex Rip. tt. 36. §. 11. l. Alama. 79.

2) Cap. I. 122. Leg. Eduard. c. 37. Cancian. IV.

3) Cap. I. 119. „usurae est, ubi amplius requiratur quam datur."

ten[1]). Nur das Westgothische Recht, das schon mehr mit Römischer Rechtsanschauung durchdrungen ist, läßt in gewißer Weise Zinsenzahlung zu. Nach seinen Grundsätzen nemlich muß derjenige, der ein Capital mit dem Versprechen aufnimmt, Zinsen zu zahlen, sie dann entrichten, wenn er mit dem Darlehn einen Gewinn macht, geht aber das Capital zufällig vor dem Gewinn zu Grund, so braucht er nur dieses zurückzugeben[2]).

Die späteren Rechtsbücher bestätigen ebenfalls das Zinsenverbot, und noch der Schwabenspiegel sagt, kein Christ soll Zinsen nehmen[3]). Hat Jemand ohne Eid versprochen, Zinsen zu leisten, so gilt dieser Vertrag nicht. Hat Jemand geschworen, Zinsen zu geben, so wendet man sich an den geistlichen Richter, der den Wucherer mit seiner Klage auf Zinsen nicht allein abweist, sondern ihn auch zur Zurückzahlung der bereits empfangenen Zinsen zwingt. Weigert sich deßen der Wucherer, so wird er in den Bann gethan, auf den nach Ablauf von sechs Wochen und einem Tag die Achtserklärung vom weltlichen Richter folgt. Ebensowenig hat das Versprechen, niemals den Vertrag zu veröffentlichen, in dem Zinsen versprochen sind, vor dem geistlichen Richter bindende Kraft, denn er entbindet den

---

1) Capt. I. c. 5. 120. 123. 124. II. c. 38. VI. 50. 204. VII. 53. addit. II. c. 20. Canc. leg. Long. leg. Lot. c. 19. II. const. reg. Sic. I. tt. VI. c. 1. 2. Pertz. I. cap. eccl. 809. c. 2. cap. Long. 813. c. 10. con. Olonn. 825. c. 5. const. de mis. ableg. 828. c. 20. Ludov. imp. con. 850. c. 19. Lud. constt. 856. c. 4. Pertz. II. Capt. von Benedic. Lev. spur. V. 38. Grimm I. jura. Burg. Chatelblanc. p. 846.

2) Lex Wis. V, 5. 5. 8. 9.

3) Schwäb. Landr. c. 295. 361. Westerwolder Landrecht c. 15. §. 5. Kulm. R. III. 49. 65.

Schuldner von einem solchen Versprechen [1]). Beschirmt ein Stadtherr Wucherer, so wird gegen ihn, wie gegen die Wucherer selbst, verfahren, und ist der Stadtherr ein Geistlicher, und wird er nicht vom geistlichen Gericht bestraft, so richtet über ihn das weltliche [2]). Weigern sich diejenigen, die aus dem Wucher ein ordentliches Geschäft machen, das durch den Wucher Erworbene abzuliefern, so werden sie aus der Stadt vertrieben, und weigern sie sich nach dreimaliger Aufforderung, ihr Wuchergeschäft aufzugeben, so verlieren sie ihre Hand [3]).

Schon frühzeitig finden sich jedoch verschiedene Mittel und Wege, welche die Strenge des Zinsenverbots mildern oder ganz aufheben, das Capital gleichsam in eine Immobilie umwandten, und dem Gläubiger vollständigen Ersatz für die Entziehung der Zinsen gewähren.

Ein eigenthümliches Mittel ist das Versprechen des Schuldners, statt der Zinsen Dienste zu leisten [4]). Diese

---

1) Kulm. R. V. 65. §. 1. „unde swere ich eynem manne wuchir tzu geben . . . und . . . ich swere ym . . . tzu den hylgen das ich das wuchir nymmer mer gevordirn welle . . . §. 2. sal ich den gesuch lan adir sal ich dornoch clagen. tete ich das, so tete ich wedir mynen eyt und wyl ich mynen eyt wol behalden, so sal ich myn gut em lossen, und sal denne tzu myme geistliehen richter komen und sal ym dy sache kundygen, so sal ym der richter vor gebyten, und sal is richten alse ab ich do selbir clayte.“ Schwäb. Landr. c. 141. 295.

2) Kulmisch. R. V. 65. §. 6.

3) Kulm. R. V. 65. §. 7. 8.

4) For. Mar. appendix. f. 15. „ego pro hoc (solidis tantis) talem cautionem in te fieri et adfirmare rogavi, ut usque ad annos tantos opera tua in unaquoque hebdomada dies tantos opera tua qualia mihi injunxeris et ratio praestat facere debeam.“ f. 36.

Bestimmung hat nicht allein ihren Grund in dem Zinsenverbot, sondern vorzugsweise ihre eigentliche Ursache in der eigenthümlichen Stellung und Auffaßung der Persönlichkeiten und der persönlichen Leistungen. Das Dienstversprechen steht im innigen Zusammenhang mit der Richtung der damaligen Zeit, und enthält die Anwendung einer ganz allgemein verbreiteten Rechtsregel auf Geldverhältnisse. Durch die verschiednen, persönlichen Abhängigkeitsverhältnisse, durch das innige, persönliche Verhältniss, in denen eine Person zu andern, als Vasall, als Ministeriale, als Höriger, als Unterthan steht, und wo meistens für den Gebrauch und Genuß von Vermögensgegenständen, größtentheils von Grundstücken, persönliche Dienste geleistet werden, stehen die persönlichen Leistungen einer Person nicht allein den Gaben vom Vermögen gleich, sondern übertreffen sie sogar. In der neuesten Zeit, wo durch die Mannichfaltigkeit und Ausbildung der Fabriken und Werkstätten die Arbeit des Menschen sich sehr vervielfältigt und gesteigert hat, näheren sich im Privatrecht diese Verhältnisse in gewißer Weise denen aus älterer Zeit, nur daß leider das Band der innigen, gegenseitigen Anhängigkeit und Aufopferung durch reine, egoistische und nur nach dem Vermögen nicht nach dem Werth der Persönlichkeit berechnende Spekulation meistens zu Grund gegangen ist.

Ferner pflegt man bei der Hingabe von fruchttragenden Grundstücken zum Faustpfand für geliehene Capitalien dem Darleiher die entzogenen Zinsen durch den gestatteten Fruchtgenuß zu ersetzen. Der Pfandgläubiger ist nur selten verpflichtet, sich die gezogenen Früchte am Capital abzurechnen, und wie der Geldempfänger das Geld unverzinslich hat, so genießt der Darleiher unentgeltlich die Früchte des

Pfandes[1]). Denselben Zweck hat auch die an den Darleiher erfolgte Uebertragung eines Gutes als Lehn nebst dem Recht, je nach dem Betrag des Darlehns gewiße Einkünfte von andern nicht verliehenen Gütern zu ziehen[2]). Uebrigens ist es bei der Verpfändung von Grundstücken gegen Darlehn ausdrücklich untersagt, in der Weise das Zinsenverbot zu umgehen, daß der Pfandgläubiger das verpfändete Grundstück kauft, und nun dasselbe nach getroffener Verabredung mit Berechnung von Zinsen um einen höhern Preis wieder an den früheren Pfandschuldner verkauft[3]). Man sieht aus dieser Bestimmung, wie mannichfaltig und fein die Versuche sind, um das Zinsenverbot zu umgehen. Die erwähnten Mittel enthalten aber nicht alle Versuche und Auswege. Denn sehr häufig ist der Kauf von jährlichen Einkünften in der Art, daß verhältnissmäßig die Einkünfte die Stelle der Zinsen von dem zum Kaufpreis gegebenen Capital vertreten, z. B. für hundert Mark Kaufgeld

---

1) Meichelbec. hist. Freising. II. 2. N. 241. 278. Häberlin, systematische Bearbeitung der Meichelbeckschen Urkunden B. I. S. 150—151. Albrecht, Gewere S. 143.

2) So z. B. giebt der Bischof Berthold für ein Darlehn dem Burggrafen von Nürnberg Herbolsheim und Bernheim zu Lehn nebst dem Recht für je acht Mark des geliehenen Darlehns eine Mark aus gewißen Ländereien zu beziehen. Monumenta Zollerana v. Stillfried N. 107. 1281.

3) Lappenberg, Hamburgisches Urkundenbuch N. 830. c. 26. 1287. Statut des päbstlichen Legaten Johannes „quia novo quasi fenerandi quesito colore nonnulli sub titulo vendicionis exercent usuras, emendo pignus, pro quantitate quae mutuo petitur et vendendo eidem redemcionis tempore pro quantitate adaucta numero usurarum, huic fraudi sic providimus obviandum, feneratores hujusmodi publice excommunicati nominatim publicentur.“

zehn[1]) oder acht Mark Einkünfte[2]) alljährlich geleistet werden. In gewißer Weise schließt sich an diese Verträge die Bestimmung, daß der Verkäufer einer Sache, der bereits den Kaufpreis erhielt, aber dagegen noch nicht das Kaufobject überlieferte, so lange solches nicht erfolgt, alle Jahr dem Käufer eine gewiße Summe z. B. für je hundert Mark des Kaufpretiums zwölf Mark leisten soll[3]). Denn hier vertreten die zwölf Mark nicht allein den Ersatz für das noch nicht geleistete Kaufobject, sondern erhalten zugleich auch eine Art von Aequivalent für das bereits geleistete, dem Käufer entzogene Kaufgeld. Dagegen stimmt mit dem Zinsenverbot der Grundsatz überein, nach welchem kein Schadensersatz gefordert werden kann, wenn bei einfachen Schuldverhältnissen das schuldige Geld nicht zur bestimmten Zeit geleistet wird. Denn da der Gläubiger mit dem zu empfangenden Geld keine Zinsen gewinnen kann, oder wenigstens nicht darf, so streitet die Vermutung für die Annahme, er habe wegen der Nichtleistung keinen Schaden erlitten. Klagt der Gläubiger auf Schadensersatz, so wird entweder der Kläger sofort abgewiesen[4]), oder der Verletzte hat wenigstens das Recht, mit seinem Eid zu beschwören, die Zahlungsfrist sei vor Ablauf eines Jahres noch nicht abgelaufen[5]). Sonst gilt allgemein der Grund-

---

1) Michelsen, Schleswig-Holst. Urkund. B. I. Anhang N. 42. Lisch, Mecklenburgische Urkunden B. 2. Urkund. des Klosters Neukloster N. 46. 77. 93. 103.

2) Lisch l. c. N. 102. 120. 122.

3) Michelsen l. c. B. II. N. 5. 130.

4) Kulmisch R. III. 60. Böhme VI. 100.

5) Schott, Sammlung B. III. Freiberger Stadt-Recht Art. 49. §. 32—34. Siehe auch Albrecht. dissertat. de probatio. II. p. 39—40.

satz, daß nur vermöge eines besonderen Versprechens Schadensersatz gefordert werden kann, wenn nicht zur richtigen Zeit geleistet wird [1]).

Mit dem Zinsenverbot steht in enger Verbindung die Regel, daß bei Auflösung von Rechtsgeschäften, namentlich von Kaufverträgen, der erhaltne Preis ohne Berechnung von Zinsen zurückgegeben wird; selbst in den Fällen, wo Jemand ganz unschuldig an der Auflösung des Vertrags ist, werden ihm weder Zinsen, noch Intereße und entgangener Gewinn berechnet. Bei der Einfachheit und qualitativen Gleichförmigkeit der Verhältnisse der einzelnen Personen scheint der Grundsatz gegolten zu haben, daß die Stelle einer Sache sehr leicht durch eine andere ihr ähnliche vertreten werden kann, der Grundsatz der Vertretbarkeit gilt nicht allein für die nach Römischer Ansicht vertretbaren Sachen, sondern auch für Thiere, Sklaven, Grundstücke [2]).

---

1) Kulmisch R. III. 60. „beclayt eyn man den andirn umme schaden den her habe dor abe, daz her ym syn gelt uf sinen benumeten und gelobeten tag nycht betzalet habe. der antworter darf ym nicht umme den schaden antworten. is en sy denne das her daz ouch gelobit habe." Siehe auch Michelsen l. c. II. N. 6. Ueber das Recht der Juden Zinsen zu nehmen und über die allmälige Verbreitung der Zinsen wird an einem andern Ort gesprochen werden.

2) Lex Baj. tt. 15. c 1. §. 1. 2. c. 3. §. 2. tt. 12. c. 3. tt. 13. c. 3. tt. 19. c. 1. 3. 4. 5. 6. 7. 9. tt. 11. c. 7. tt. 8. c. 10. 13. lex Alamannor. tt. 67. 87.

§. 10.

Der Ersatz von den Früchten und von den Nutzungen.

Die Verbindlichkeit, die von einer fremden Sache gezogenen Nutzungen und Früchte ersetzen zu müßen, setzt folgende Rechtsansichten voraus.

Zuerst wird das ganze Rechtsverhältniss auf den Zeitpunkt zurückgeführt, und in die Lage zurückversetzt, wo die Sache noch sich in den Händen ihres Eigenthümers befand. Die bereits abgelaufene Vergangenheit wird also gleichsam noch einmal vergegenwärtigt, und die Zeit, von welcher an die Sache aus der Hand ihres Eigenthümers kam, mit der Zeit, wo er sie wieder in seine Hand erhielt, zusammen gezählt und zusammen berechnet. Ferner muß die Ansicht gelten, daß die Benutzung fremder Sachen nicht leicht umsonst stattfinden dürfe und könne, und daß die vermögensrechtliche Beziehung, der Gewinn, den man aus einer Sache ziehen könne, das vor allen entscheidende Moment bilde.

Diese Ansichten sind nun in der alterältesten Zeit noch wenig entwickelt, und aus diesem Grund von geringem Einfluß. Die fingirte Zurückversetzung in die Vergangenheit, die feine Berechnung der verfloßenen Zeit bis zur gegenwärtigen ist für die einfache, concrete Anschauung der älteren Rechtsverhältnisse, die zunächst von ihrer gegenwärtigen Lage ausgeht, zu fein und zu combinirt, als daß sie von nachhaltigem Einfluß auf die Ersatzverbindlichkeit sein könnte. Ferner ist aber auch keineswegs die Rücksicht auf den Nutzen, auf den Gewinn, den man aus der Sache möglicherweise hätte ziehen können, das alleinige Moment, welches alle andern Einflüße überwiegt, und allein über die Ersatzverbindlichkeit entscheidet. Denn auch hier ist von Bedeutung der sittliche Standpunkt, von dem aus der Ersatz der Früchte

beurtheilt wird, das sittliche Moment ist stärker als das vermögensrechtliche, die strafrechtliche Beziehung verdrängt die rein privatrechtliche.

Geht man nun auf die allerältesten Zeiten zurück, so finden sich über den Ersatz der von einer fremden Sache gezogenen Früchte keine Bestimmungen. Dem Grundsatz, daß bei Zurückgabe von Geld keine Zinsen berechnet werden, entspricht auf der andern Seite die Regel, daß ursprünglich kein Ersatz der gezogenen Früchte in Anspruch genommen werden darf. Denn die Bestimmung in den Capitularien, nach welcher die vor der litis contestatio gezogenen Früchte ersetzt werden sollen[1]), verräth zu sehr ihren Römischen Ursprung, als daß sie von Wichtigkeit für die Deutschrechtliche Auffaßung sein könnte. Ebensowenig streitet gegen die Annahme, daß die gezogenen Früchte ursprünglich nicht ersetzt wurden, das zum Vortheil der Kirche geltende Gesetz, „der unrechtmäßige Empfänger von Kirchengut müße bei der Zurückgabe des Guts an die Kirche mit der Hauptsache auch alle gezogenen Früchte ersetzen[2])." Denn diese Regel beruht auf einer besonderen Bestimmung des Pabstes Leo, und außerdem hat ja die Römische Kirche viele Bestimmungen des Römischen Rechts in ihr Recht aufgenommen. Dagegen wird in den älteren Volksrechten der Ersatz von gezogenen und consumirten Früchten, selbst von einem Besitzer in bösem Glauben nicht verlangt[3]).

---

1) Capit. ad. III. c. 103. „omnes possessiones et omnia sibi sublata atque fructus cunctos ante litem contestatam praeceptor possessori restituat."

2) Capit. II. 29.

3) Vergl. lex Sal. tt. 50. lex Ripuar. tt. 33 c. 4. tt 59. c. 3.

Man ging von der Ansicht aus, daß der unrechtmäßige aber gutgläubige Inhaber, der die Sache vertritt und schützt, nöthigenfalls auch für ihren Zufall einsteht, mit Recht für diese Mühe und für diese Sorgfalt ihre Früchte ziehen dürfe, beim unrechtmäßigen Besitzer und Nutznießer in bösem Glauben dagegen meinte man, daß die besondern Strafen und Bußen, die er wegen seines Unrechts erlitt, zugleich auch die Strafe für unrechtmäßige Nutznießung enthielten. Selbst das Longobardische Recht, das schon nähere Bekanntschaft mit dem Römischen Recht hat, giebt nur Ersatz von solchen Früchten, die der Verklagte nach Anstellung der Klage noch zog[1]). Der Inhaber ist berechtigt mit seinem Eid anzugeben, wie viel Früchte er vom Grundstück gezogen hat, welcher Eid bezeugt, wie das Deutsche Recht keinen Unterschied zwischen gezogenen und zu ziehenden Früchten machte. Denn nach einer solchen Unterscheidung hätte der Kläger das Recht gehabt, die Anzahl der zu ziehenden Früchte zu bestimmen, folglich also die Befugniß beseßen, vorzuschreiben, welche Handlungen der Inhaber noch hätte vornehmen können, um mehr Früchte, als er erhielt, zu erlangen. Dies würde aber ein Eingriff in die individuelle Handlungsfreiheit des Einzelnen enthalten, und dem älteren Beweisverfahren gänzlich widerstreiten. Da ferner auch nach dem Grundsatze der Vertretbarkeit im älteren Deutschen Recht, das die Vertretbarkeit begünstigte, die Bearbeitung und

---

1) **Lex Long. „si quis res alienas casas, aut terras vel pecunias aut familias** ***malo ordine*** **possederit, et per legem et justitiam et per judicium exinde convictus et expulsus fuerit aliud exinde non componat, nisi de retro tempore reddat fruges et labores sub sacramento,** ***ab illo die*****, quo exinde** ***compellatio*** **facta et manifestata est.“**

Bewirthschaftung ein und desselben Grundstücks von einem Freien gleich der von einem andern geschätzt wird, so bleibt sich die Bewirthschaftung eines und desselben Gutes von verschiednen Besitzern im Ganzen gleich, und folglich können auch nicht fructus percepti und percipiendi unterschieden werden.

Wenn nun auch der Inhaber nicht die gezogenen und verzehrten Früchte zu ersetzen hat, so ist er dagegen verpflichtet, die noch vorhandnen herauszugeben, namentlich die Kinder von Sklaven und die Jungen von Thieren [1]). Wenn bei der Herausgabe von Grundstücken die noch vorhandnen Früchte nicht noch besonders erwähnt werden, so beruht dieses wohl darauf, daß die Früchte als Pertinentien des Gutes stillschweigend unter ihm mitbegriffen sind.

Die Rechtsbücher des Mittelalters haben dagegen über Leistung von gezogenen und verzehrten Früchten schon bestimmtere und genauere Grundsätze, die zugleich auf sittlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen beruhen, bald überwiegt das sittliche Moment, bald der vermögensrechtliche Vortheil.

Beide Rücksichten sucht man auf eine geschickte Weise je nach den verschiedenen Verhältnissen zu vereinigen.

1) Jemand ist auf rechtmäßige Weise in Besitz einer fremden Sache, eines fremden Guts gekommen, z. B. dasselbe ist ihm gegeben, geliehen oder als Erbstück hinterlaßen worden, und er benutzt nun die Sache in gutem Glauben.

In diesem Falle braucht er die vom Gut gezogenen Früchte nicht zu ersetzen, oder überhaupt den durch die Sache

---

1) Edict. Roth. c. 232. „reddat caput cum nutrimine suo in qualecunque sit c. 231.

gewonnenen Nutzen nicht zu vergüten, wenn er sich nicht weigert, dem Eigenthümer, der von ihm die Herausgabe der Sache verlangt, vor Gericht zu folgen, und nöthigenfalls ihm die Sache herauszugeben [1]).

Aus dieser Bestimmung folgt zugleich, daß wenn bei Auslösung eines verpfändeten Gutes der Pfandinhaber, der nach Bezahlung der Schuld dem Verpfänder das Gut herausgiebt, ohne zu zögern, sich nicht die von ihm aus der Pfandsache gezogenen Früchte auf die Schuldsumme anzurechnen braucht [2]), dieses nicht eine ganz besondere Bestimmung zu Gunsten des Pfandgläubigers ist, sondern nur die Anwendung einer allgemeinen Rechtsregel enthält.

Wenn dagegen der gutgläubige Inhaber sich weigert, sich in einen Proceß über die von ihm beseßene Sache einzulaßen, oder nöthigenfalls sie auszuliefern, so muß er die von der Sache gewonnenen Nutzungen dem Kläger ersetzen. Spuren dieses Grundsatzes finden sich bereits im Longobardischen Recht, wo derjenige, welcher weiß, daß seine Sklaven einem Andern Dienste leisten, und zu diesem Verfahren stillschweigt, keinen Ersatz für diese Leistungen verlangen kann, sobald auf seine Aufforderung ihm die Sklaven ihr Besitzer sofort überliefert. Verweigert dagegen der Besitzer ihre Herausgabe, so muß er dem Eigenthümer der Sklaven die von ihnen geleisteten Dienste ersetzen [3]).

---

1) Sächs. Landr. II. 44. 2. „sve aver en gut in geweren hevet, dat ime an irstoven is, oder ime gegeven oder gelegen is, unde hêt selve niemanne ne nimt, des ne darf he nicht wedergeven des he dar ut nimt, of ime dat gut afgewunnen wert, de wile he dar af nenes rechtes ne weigeret.“ Vergl. jedoch S. 145 — 146.

2) Kulm. R. III. 106.

3) Leg. Luit. p. VI. c. 89. „si requisierit dominus (servos

Die Bestimmung, von der Weigerung des Inhabers den Ersatz der Früchte abhängen zu laßen, entspricht weit mehr der Deutschen, strafrechtlichen Auffaßung des Verzugs, als der Römischen, vermögensrechtlichen Berücksichtigung.

2) Jemand hat auf unrechtmäßige Weise eine Sache der Gewere ihres Inhabers entzogen, z. B. sie ihm gestolen, geraubt, mit Gewalt hinweggenommen.

In diesem Fall muß er bei Grundstücken die gezogenen Früchte ersetzen, dagegen scheint bei Mobilien die Strafsumme zugleich den Ersatz der Früchte zu enthalten. [1] Der zweifache Ersatz der geraubten Sache bei Mobilien ersetzt den zweifachen Ersatz der Früchte von den mit Gewalt genommenen Immobilien.

Aber nicht allein der Dieb, der Räuber, sondern auch der gutgläubige Inhaber einer gestolenen, geraubten, mit Gewalt genommenen Sache scheint verpflichtet zu sein, die von ihr gezogenen Früchte oder den von ihr gewonnenen Nutzen zu ersetzen.

Zwar nach den Worten des Sächs. Landr. II. 42. 2. „unde he *selve niemanne ne nimt*“ ist der gutgläubige Inhaber und Nutznießer einer ursprünglich gestolenen oder

---

sua) et ille qui eos habuerit, neglexerit reddere, aut antesteterit, reddat operas eorum.“

1) Sächs. Landr. II. 42. 2. Heumann, Bairisch Landr. Tit. 16. S. 110. „Wer den andern seins erbs und seins aigens entvert mit gewalt an recht, und pringt er daz mit recht wieder in sein gewalt, so soll ihm dieser sein nutz wiedercbern, die er ab dem gut genomen hat, und als vil dartzu.“ Umb varnle hab entwert er aber recht, mag daz danne der klager wahr machen, des sal er geniesen, und sal im das mit der tzwigült wieder geben.“

geraubten Sache nicht verpflichtet, den von ihr gezogenen Nutzen zu ersetzen, sobald er ihre Herausgabe nicht verweigert. Diesen Grundsatz hat aber der Schwabenspiegel nicht anerkannt.

Denn der gutgläubige Besitzer einer gestolenen oder geraubten Sache hat nicht nur keine Einrede der Verjährung gegen die Klage ihres Eigenthümers [1]), sondern er ist auch verpflichtet, sobald sein Auktor ihn nicht vertritt, allen den Nutzen zu ersetzen, den der Eigenthümer durch Entziehung der Sache verlor. [2]) Der Schwabenspiegel verlangt von dem Besitzer in gutem Glauben weit mehr, als das Römische Recht, das doch sonst in Bezug auf Nutzen und Fruchtgenuß sehr strenge Bestimmungen hat. Das Schwäbische Recht geht in den Fällen, wo dem Eigenthümer auf unrechtmäßige Weise eine Sache seiner Gewere entzogen wird, von der Ansicht aus, daß der Eigenthümer alles das ersetzt erhalten muß, was er von dem Augenblick der unrechtmäßigen Handlung an bezüglich der Sache einbüßt. Alle nach dieser Widerrechtlichkeit in Bezug auf die Sache eingetretenen Ereignisse, selbst die zufälligen, mit Ausnahme des natürlichen Todes, gelten für ihn und für sein Recht als nicht geschehn.

Zu Gunsten der Frau findet sich bei ihrer Morgengabe eine ähnliche Bestimmung. Hat nemlich ihr Ehemann die Morgengabe ohne ihre Einwilligung veräußert, so ist die Frau berechtigt, alle von ihr gezogenen Früchte selbst von dem gutgläubigen Inhaber zurückzufordern. [3]) Diese Be-

1) Schw. Landr. c. 50. Carolin. Art. 119.

2) Schwäb. Landr. c. 50. 265.

3) Schwäb. Landr. v. Laß c. 20.

stimmungen des Schwabenspiegels stehen in enger Verbinbindung mit den über den Anfang geltenden Grundsätzen.

3) Jemand erhält eine fremde Sache zwar mit Wißen und Willen ihres Eigenthümers, aber er benutzt sie wißentlich gegen deßen Willen, oder er hat zwar die Benutzung erlaubt erhalten, aber er beachtet weder in Bezug auf die Zeit, noch in Bezug auf die Art und Weise der Benutzung die Vorschriften des Eigenthümers.

In diesen Fällen muß der Inhaber den unrechtmäßiger Weise genommenen Nutzen dem Eigenthümer ersetzen. Auch ist hier nicht nothwendig, daß der Eigenthümer den Inhaber aufgefordert haben muß, die Sache, die er länger, als verabredet war, behält und benutzt, ihm abzuliefern. Denn der Commodatar hat von freien Stücken die geliehene Sache dem Eigenthümer abzuliefern, sobald die festgesetzte Zeit abgelaufen ist.[1]) Ferner muß der Commodatar Ersatz leisten, wenn er den geliehenen Gegenstand, z. B. ein Pferd, zu andern als den ihm gestatteten Gebrauch benutzt, z. B. mit ihm größere Reisen macht. Auch der Faustpfandgläubiger, der gewöhnlich die verpfändete Sache zu benutzen nicht berechtigt ist, hat Ersatz zu leisten, wenn er sie gebraucht.

Uebrigens unterscheiden die Rechtsbücher ebenso wie die Volksrechte nicht zwischen fructus percepti und percipiendi.

---

1) Sächs. Landr. III. 22. 1. III. 4. 3. 2. Siehe auch §. 19.

§. 11.
Die Verwendungen.

Die Verbindlichkeit, die von einem Dritten auf meine Sache geschehenen Verbeßerungen zu ersetzen, beruht hauptsächlich auf zwei Hauptgründen.

Vor allen wird nemlich berücksichtigt die Gesinnung desjenigen, der die Verwendung auf einen fremden Gegenstand macht. Denn sein Wißen oder Nichtwißen von der Beschaffenheit der Sachen, ob sie einem Dritten mit Unrecht entzogen sind, oder nicht, ob ihr Eigenthümer sie freiwillig überlieferte, oder nicht, äußert einen großen Einfluß auf das Recht, einen Ersatz der Verwendungen fordern zu können. Auch hier ist, wie bei der Lehre vom Ersatz der Früchte, bei der Zahlung von Zinsen, bei den Grundsätzen über den Verzug, über den Zufall, über den Irrthum, die Rücksicht auf die innern, sittlichen Beweggründe von nachhaltiger Einwirkung auf die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse.

Ferner entscheidet aber auch über die Ersatzverbindlichkeit der gemachten Verwendungen, außer der Rücksicht auf die Sittlichkeit, auch der Umfang der vermögensrechtlichen Vortheile, die Vertretbarkeit der einzelnen Gegenstände, das Verhältniss der beweglichen Sachen zu den unbeweglichen. Die Verbeßerungen der Grundstücke erscheinen nemlich nach Deutschem Recht nicht als eine reine Pertinens des Grund und Bodens in der Art, daß sie immer dem Grund und Boden als Hauptsache folgen müßen, und in das Eigenthum des Grundeigenthümers fallen, sondern sie stehen für sich als selbständige Ganze dem Grund und Boden gegenüber. Die Hand, welche die Verwendungen macht, die Verbeßerungen ausführt, erlangt an den durch seine Thätigkeit entstandenen Gegenständen ein vom Grundeigenthümer unab-

hängiges Recht, behält in gewißer Weise eine selbständige Verfügungsbefugniss über ihren Inhalt. —

Diese sowohl sittlichen als vermögensrechtlichen Rücksichten äußern nun in den verschiedenen Fällen verschiedenartige Einwirkung auf die Ersatzverbindlichkeit der Verwendungen.

1) Jemand macht wißentlich Verwendungen auf eine fremde Sache, von der er **weiß**, daß sie ihm mit **Unrecht** gehört.

In diesem Fall hat er keinen Anspruch auf Ersatz weder gegen ihren Eigenthümer, noch auch gegen seinen etwaigen Auktor.

Wegen seines Wißens, wegen seiner schlechten Gesinnung verliert der Inhaber allen Anspruch auf Schadensersatz, nicht einmal seine nothwendigen Verwendungen werden ihm ersetzt. Auch bei diesem zunächst rein vermögensrechtlichen Verhältniss behauptet der sittliche Charakter des Deutschen Rechts seinen Einfluß. Man geht von der Ansicht aus, daß der wißentliche, unberechtigte Inhaber einer fremden Sache, der zu ihrer Erhaltung Kosten auf sie verwendet, und sie auf diese Weise erhält, doch nur sein Interesse, seinen Vortheil beabsichtigt. Die Ausschließung jeder Entschädigungsklage entspricht aber auch zugleich genau den Grundsätzen über den Zufall, denn diesen muß der unrechtmäßige Inhaber einer fremden Sache tragen. Wie kann er also aus der Behauptung, ohne seine Verwendungen würde die Sache zu Grunde gegangen sein, Ansprüche erheben, da er die Sache, sobald sie wirklich zu Grunde, oder verloren geht, ersetzen muß? Dieser Zusammenhang zwischen den Grundsätzen über Zufall und Verwendungen giebt einen Beweis, wie auch bereits im älteren Recht ganz verschiedene Gegenstände betreffende, allgemeine Grundsätze in organischer

Verbindung untereinander stehen, und keineswegs vereinzelte, abgerißene Trümmer einer unorganischen Rechtsentwickelung bilden.

Auch kann der unrechtmäßige Inhaber seine Verwendungen, selbst die nothwendigen, nicht in der Art ersetzt erhalten, daß er sie mit den von ihm gezogenen und zu ersetzenden Früchten compensirt, denn selbst der gutgläubige Besitzer von gestolenem oder geraubtem Gut ist nicht berechtigt, die nothwendigen Auslagen, wie z. B. Futterungskosten für ein gestolenes oder geraubtes Pferd, abzuziehen [1]), und selbst wenn dieses nach einigen Rechten gestattet ist [2]), so giebt dieses noch keinen Grund, eine solche Berechnung bei einem wißentlichen, unrechtmäßigen Besitzer anzunehmen. Denn gegen diese Annahme streitet, daß der wißentliche, unrechtmäßige Besitzer einer fremden Sache wegen seiner Widerrechtlichkeit gestraft wird [3]).

Ferner besitzt der unrechtmäßige, wißentliche Besitzer wegen seiner Verwendungen wenn auch keine Klage, doch nicht einmal ein Retentionsrecht. Denn solches hat nicht einmal der gutgläubige, aber unberechtigte Besitzer und Nutznießer einer fremden Sache, da solches, wenn von der Herausgabe der Sache die Rede ist, nirgends in diesem Fall erwähnt wird [4]). Auch widerstreitet ein solches Retentionsrecht dem sonstigen Charakter des Deutschen Rechts,

---

1) Schwäb. Landr. c. 265. „des sin (diubic od. roubic) guot da behabet hât, der gît von dem vihe deheine fuore."

2) Kulm. R. V. 43. §. 3. „der syn gut do gehabit hat, der gebit von dem vyhe fure" V. 54.

3) Siehe die Lehre über Irrthum und Unwißenheit §. 5.

4) Vergl. Sächs. Landr. II. 41. 2.

das nicht leicht ein Recht einräumt, ohne zugleich zu deßen Schutz eine Klage zuzulaßen.

Unser oben aufgestellte Grundsatz findet sich bereits schon in den älteren Quellen bestätigt. Nach dem Longobardischen Recht verliert derjenige, welcher wißentlich ein fremdes Grundstück ohne rechtlichen Grund bestellt, seine Arbeit und die Früchte [1]). Nach dem Sachsenspiegel genügt schon, daß Jemand im Zweifel ist, ob das Grundstück ihm gehört, um ihm die nach diesem Zweifel von ihm gesäeten Früchte zu entziehen. Ist nemlich Jemand, der ein Grundstück beackert, aber noch nicht besäet hat, verklagt worden, und säet noch nach gegen ihn angestellter Klage, die gegen ihn siegreich ausfällt, so verliert er auch seine Saat [2]).

Der Schwabenspiegel hat diese auf Getraide angewandte Regel auf alle verschiedenartige Benutzungen des Grundeigenthums ausgedehnt. Wer wißentlich auf fremdem Boden Bäume pflanzt, Weingärten, Häuser anlegt, hat trotz dieser so großen Verbeßerung des Grundbesitzes kein Recht auf Ersatz für seine Kosten und für seine Arbeit [3]).

---

1) Edict. Rot. 359. „si quis campum alienum araverit sciens non suum aut sementem spargere praesumserit, perdat operas et fruges et ille qui campum suum probaverit esse, habeat fruges."

2) Sächs. Landr. II. 46. 2. „sve so dat land saiet under der klage, die verlüset sin arbeit und sine sat dar an." Jüt. Law. II. 72. §. 1. 2.

3) Schwäb. Landr. 329. „swer uf vremdez ertrîche bowet . . . der winreben setzet, unde einen wingarten phlanzet oder ûf vremdez ertriche zimmert . . . bereit dirre zen heiligen daz er ez dâ fur hete, daz das ertrîche sin waere, sô sol er im siner arbeit lônen, unde dar zuo sinen schaden abe legen; *wil aber er des niht bereden, sô giltet er im weder arbeit noch kost.*" Schwäb. Landr. c. 325.

Aus dieser Bestimmung läßt sich auch schließen, daß wenn Jemand wißentlich einen fremden Stoff um- und verarbeitet, z. B. aus Holz ein Schiff, aus Flachs Linnen, aus Gold Spangen macht, er nicht allein nicht Eigenthümer wird, — denn dies ist ausdrücklich trotz Römischer Specificationslehre ausgesprochen [1]), sondern auch alle Arbeit und alle Kosten einbüßt.

2) Jemand verwendet in gutem Glauben auf eine fremde Sache Arbeit oder Kosten, die er ohne Wißen und Willen des Eigenthümers inne hat. Hier ist zu unterscheiden:

a) Er hat die fremde Sache nicht von einem Dritten erhalten, sondern sie selbst in gutem Glauben als die seinige in Besitz genommen.

b) Er hat sie in gutem Glauben von einem Dritten erhalten.

a. Er hat die fremde Sache ohne Vermittelung eines Dritten in gutem Glauben als die seinige in Besitz genommen.

Als Grundregel gilt hier die Bestimmung, daß die Verbeßerungen entweder vom Eigenthümer ersetzt werden müßen, oder daß sie vom Verbeßerer an einen Dritten veräußert werden dürfen. Denn der Verbeßerer hat an seinen Verbeßerungen ein selbständiges Recht erhalten, das ihm nicht entzogen werden darf.

Der Hauptfall ist hier der, wo Jemand ein fremdes Grundstück als das seinige umackert und besäet.

---

1) Schwäb. Landr. c. 325. „swer ûz holze ein schef würket, oder ander dinc ûz holze würket, unde daz holz sin niht ist, swes daz holz ist, des ist ouch daz werk, daz dar uz gemachet ist.“ Vergleiche auch c. 390. 329.

Schon das Longobardische Recht hat diese Verwendung, die häufig vorzukommen pflegte, nicht ohne Ersatz gelaßen, wie sich aus dem Gegenbeweis des oben erwähnten Kapitels 359 Ed. Rot. folgern läßt [1]). Uebrigens ist hier zu unterscheiden, ob bei erhobenem Anspruch des Eigenthümers das Grundstück blos beackert, oder ob dasselbe auch schon besäet ist. Im erstern Fall verliert der Bearbeiter seine Arbeit, denn das Ackern wird blos als eine Vorbereitung angesehen, die noch nicht ausreicht, um einen Anspruch auf Entschädigung zu begründen, während im letzteren Fall er nach dem Sprüchwort, wer sät, der mäht, die Saat behält, und nur einen Zins dem wirklichen Eigenthümer, der ihm das besäete Land streitig macht, zu zahlen braucht [2]). Nach dem Jütischen Recht geht zwar auch die Arbeit verloren, aber anstatt daß der Aussteller einen Zins vom Korn giebt, und dasselbe sonst behält, muß er das Korn gegen Bezahlung abliefern [3]). In eben derselben Weise erhält derjenige Ersatz für seine Arbeit, der unwißend eines Dritten Korn abmähet, und auf Aufforderung dasselbe liegen läßt, denn bringt er trotz der Abmahnung dasselbe fort, so verliert er seinen Anspruch auf Ersatz [4]). Diese letzte Bestimmung ent-

1) „Si quis campum alienum araverit *sciens* non suum aut sementem spargere praesumserit perdat operas et fruges."

2) Sächs. Landr. II. 46. §. 1. „sve so wirkt enes anderen mannes land unwetene . . . wert he dar umme gesculdeget de wile he't eret, sin arbeit verlüset he dar an, of it jene behalt." §. 3. „svat so he saiet unverklaget, he behalt die sat unde gift sinen tins jeneme die dat lant behalt."

3) Jüt. Low II. 72. §. 4.

4) Sächs. Landr. III. 37. 4. „sve enes andern mannes ripe korn snit, so dat he want, dat dat land sine si . . . he ne misse dut nicht, deste he's nicht af ne vore; man sal ime san sines arbeides lonen."

spricht der bei der Fruchterstattung geltenden Regel, nach welcher derjenige, der an und für sich auf eine rechtmäßige Weise in Besitz einer fremden Sache gekommen ist, die gezogenen Früchte ersetzen muß, wenn er sich weigert, sich mit seinem Gegner in einen Proceß einzulaßen. [1]).

Der Grundsatz, daß bei Grundstücken die Arbeit und die auf sie verwandten Kosten ersetzt werden sollen, gilt auch für bewegliche Gegenstände. Jedoch hat hier das Deutsche Recht ein eigenthümliches Verfahren. Wenn nemlich Jemand Verarbeitungen macht, wie z. B. aus fremdem Holz ein Schiff baut, aus fremder Seide ein Gewand wirkt, so ist der Eigenthümer gehalten, wenn er die von seinem Eigenthum verfertigten und auch noch an und für sich ihm gehörenden Gegenstände erlangen will, dem Eigenthümer seine Kosten und seine Arbeit zu ersetzen [2]). Sagt nun aber der Eigenthümer, er würde sein ursprünglich unbearbeitetes Eigenthum, wie sein Holz, seinen Flachs, seine Seide, sein Gold, nicht in der Weise, wie der gutgläubige Besitzer und Bearbeiter, bearbeitet und verwandt haben, so hat der Bearbeiter das Recht, die von ihm verfertigten Werke zu verkaufen, unter der Verpflichtung, dem Eigenthümer Sachen zu verschaffen, die von derselben Qualität und Quantität, wie die verarbeiteten vor ihrer Verarbeitung waren [3]).

---

1) Sächs. Landr. II. 44. 2.

2) Schwäb. Landr. c. 325. 229. 390.

3) Schwäb. Landr. c. 390. 1) „spricht aber jener, (der Eigenthümer) er wolle im da von (den verarbeiteten Gegenständen) nicht geben, im wer lieber das der gezeug noch unverwirkt were, und wil er im do mit abe zwingen, mag dieser das bewern, das er das funde, und auch das da für hatte, das der gezeug sein were, so sol er sein arbeit und sein koste nicht verloren

Das Deutsche Recht weis auf diese Art in einer geschickten Weise, ohne die Ansicht und Ueberzeugung des Einzelnen zu verletzen, die persönliche subjective Meinung mit den allgemeinen Anforderungen des Rechts zu vereinigen. Das Hauptstreben des Deutschen Staats- und Rechtslebens, die Freiheit des Einzelnen mit der Rücksicht auf das allgemeine Wohl zu vereinigen, wird selbst in dieser an und für sich privat- und vermögensrechtlichen, für die öffentlichen Verhältnisse des Herrschers und seines Volkes unwichtigen Rechtsregel offenbar. Da der Eigenthümer der vom gutgläubigen Inhaber verbeßerten Sache behauptet, er würde nicht auf die Weise, wie dieser, die Sache bearbeitet haben, so muß dieser seiner individuellen Ansicht geglaubt werden, mag sie auch noch so sehr allen sonstigen, vermögensrechtlichen Vortheilen und Rücksichten widersprechen. Ihm kann Niemand, selbst nicht einmal der Richter, die verbeßerte Sache mit ihren Verbeßerungen aufdringen, und ihn zwingen, dem Inhaber und Bearbeiter die Verwendungen zu ersetzen. Folglich müßte der Eigenthümer, da ihm sein Eigenthum an der verbeßerten Sache verbleibt, diese nicht allein behalten, sondern vielleicht noch gar Kosten verlangen können für die nach seiner Meinung untauglichen und ihm unangenehmen Verbeßerungen. Da dieses aber sowohl der allgemeinen Ansicht über vermögensrechtliche Vortheile, als auch besonders der gerechten Berücksichtigung auf den Bearbeiter zu sehr widerstreitet, so wird vermöge der Vertretbarkeit der einzelnen Gegenstände, dem Eigenthümer eine Sache geliefert, die der seinigen vor ihrer Veränderung

---

haben, er soll sein werk verkeufen so aller hochste er mag und sal jenem als vil seiden wollen oder flachs oder goldes geben oder was es gewest ist." Kulm. R. V. c. 72. 70. 71.

gleichsteht, die verbeßerte dagegen verbleibt dem Verarbeiter. Der ursprüngliche Eigenthümer muß sich diese Anordnung gefallen lassen, denn er hat sich ja ausdrücklich gegen die Verbeßerung erklärt, und kann sich also über diese Entscheidung nicht verletzt fühlen, sondern er muß sich vielmehr freuen über die Rücksicht auf seine individuelle Ansicht. Zugleich hat aber der Bearbeiter nichts verloren, und seine Mühe und Kosten umsonst angewendet, denn ihm verbleibt die verbeßerte Sache, und er kann sich durch ihren Verkauf für seine Verwendungen bezahlt machen. Das Römische Recht hätte hier vermöge seiner Auffaßung der Privatverhältnisse vom vermögensrechtlichen Standpunkt aus den Eigenthümer nöthigenfalls gezwungen, die nothwendigen oder nützlichen Verwendungen auf die Sache ihrem gutgläubigen Bearbeiter zu ersetzen, oder wenn eine feste Specification eingetreten wäre, dem Eigenthümer sein Eigenthum entzogen, und ihm ein Ersatz der Sachen und ihres Interesses durch Geld bestimmt. Dieses Privatrecht kann in Folge seiner vermögensrechtlichen Berücksichtigung eine besondere, individuelle gegen die Rücksicht auf den pecuniären Vortheil der Verbeßerung gleichgültige Ansicht nicht zulaßen.

Der Grundsatz, daß der Verarbeiter, wenn der Eigenthümer sich weigert, ihm die Kosten zu ersetzen, seine Verbeßerungen an einen andern veräußern dürfe, gilt nicht allein bei beweglichen Gegenständen, sondern auch bei Grundstücken. Denn die angeführte Stelle des Schwäb. Landr. c. 390 sagt am Schluß: „ditz recht ist auch recht umbe das der auf frembdes ertreich sehet oder bawet, und umb ein iglich werk, das ein man unwissende bawet, das man also an schaden getun mag“ [1]). Folglich ist auch derjenige,

1) Siehe auch Kulm. R. V. 72.

der ein fremdes Erdreich bebaut oder besät, befugt, sobald der Grundeigenthümer die Verbeßerungen nicht ersetzen will, weil er behauptet, er würde auf diese Weise sein Grundstück nicht verbeßert und bearbeitet haben, die Verbeßerungen an Andere zu verkaufen, und nöthigenfalls das Grundstück selbst mit zu veräußern, mit der Verpflichtung, dem früheren Grundeigenthümer ein Gut zu verschaffen, was dem verkauften ohne seine Verbeßerungen vollkommen gleich ist.

b) Derjenige, welcher Verwendungen auf eine Sache macht, erhält sie in gutem Glauben von einem Dritten.

Für diesen Fall gilt als allgemeine Regel, daß der Eigenthümer, dem seine Sache unrechtmäßigerweise, wie z. B. durch Gewalt, Raub, Diebstal, aus seinen Händen gekommen ist, die Befugniss hat, von dem Inhaber die Sache herauszuverlangen. Denn der Inhaber hat hier gegen den Eigenthümer weder ein Retentionsrecht, noch eine Klage auf Ersatz der Verwendungen, noch auch das Recht, diese wegen Verweigerung ihres Ersatzes an Dritte zu veräußern. Da sein Auktor, auf den er sich zunächst zu berufen hat, und der ihm die Verwendungen ersetzen muß, ihn gegen die Klage des Eigenthümers nicht zu schützen vermag, so muß der Inhaber die Sache mit allen ihren Verbeßerungen und Verschönerungen dem Eigenthümer ohne Widerrede herausgeben. Der Eigenthümer, der in Gefahr war, die Sache zu verlieren, nimmt die Sache mit allen ihren Zuthaten ohne weiteres. Seine Gefahr gleicht sich mit seinem Vortheil aus, der gutgläubige Inhaber mag sich an seinen Auktor halten, dieser wiederum an den seinigen, bis sie zuletzt den Dieb oder Räuber auffinden, und diesen seine Strafe trifft. Die Rücksicht auf den Eigenthümer, dem mit Unrecht seine Sache entzogen ist, überwiegt die Berücksichtigung der zufälligen Verbeßerungen der

Sache. Dieser Grundsatz ist schon frühzeitig selbst in den älteren Volksrechten ausgesprochen [1]).

Der Sachsenspiegel hat diesen Grundsatz ausdrücklich bestätigt, und wichtig ist, wie er den oben unter a. aufgestellten Grundsatz dem unter b. angegebenen entgegensetzt, ob Jemand von einem Dritten die Sache erhielt oder nicht [2]).

Dasselbe Recht gilt auch für die Frau, wenn ihr Mann ohne ihre Einwilligung ihre Morgengabe veräußert [3]).

3) Jemand macht auf eine fremde Sache Verwendungen, die er mit Wißen und Willen ihres Eigenthümers erhält. Derjenige, welcher mit Wißen und Willen des Eigenthümers eine Sache, namentlich ein Grundstück, zur Verwahrung oder zur Benutzung erhalten hat, erlangt ein selbständiges Recht an seinen Meliorationen. Jedoch ist er nicht befugt, den Eigenthümer zum Ersatz der Verwendun-

---

1) Leg. Luit. VI. 63. „si quis comutaverit terram arvum vel pratum aut silvam et ibi laboraverit et aedificium fecerit aut clausuram aut vineas posuerit, et postea surrexerit certus homo qui ipsum locum suum faciat, et ille qui dedit, non potuerit eum defendere, et recipiat res suas quas dedit et insuper ipsum damnum restituat ei, quantum appretiatum fuerit, quod ibi posteà laboraverit et aedificaverit. Lex Baj. XV. c. 4. §. 3. et quidquid ad comparatae rei profectum studio suae utilitatis emptor adjecerit, a locorum judicibus aestimetur et ei qui laborasse cognoscitur a venditore juris alienis satisfactio justa reddatur."

2) Sächs. Landr. II. 46. §. 1. „sve so wirkt enes anderen mannes land unwetene oder dat *ime en ander gedan hevet*, wert he dar umme gesculdeget de wile he't eret, sin arbeit verluset he dar an of it jene behalt. *sve't ime aver* gedan hevet, *die* sal ime erstaden sinen scaden." — Richthofen, Upstalbomer Gesetze 1323 c. 2. Kaiserrecht II. 90.

3) Schwäb. Landr. c. 20.

gen zu zwingen, sondern nur berechtigt, sie hinwegzunehmen und zu veräußern, wenn sie der Eigenthümer nicht ersetzen will, sobald ohne seine Schuld sich dieses Verhältniss löst.

Dieser Grundsatz findet sich in den verschiedenartigsten Rechtsverhältnissen bestätigt.

Der Pächter eines Grundstücks, der freiwillig das Pachtverhältniss aufgiebt, ohne daß ihn ein gültiger Grund veranlaßt, verliert seine Verbeßerungen an den Pachtherrn [1]). Mit noch weit größerem Recht hat aber der Pächter keinen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen, wenn ihn der Verpächter aus gegründeten Ursachen vom Gut vertreiben darf.

Mit welcher Ansicht auch das Kaiserrecht, das sonst an dieser angeführten Stelle vom Ersatz der Verwendungen spricht, vollkommen übereinstimmt, da dasselbe die Vertreibung aus dem Gut nach gegründeten Ursachen angiebt, ohne ein Wort von Verwendungen zu erwähnen [2]).

Der Zinsmann, der nach Ablauf der Zinszeit das Gut verläßt, ist zwar verpflichtet, das Wohnhaus, den Mist und den Zaun um das Haus dem Eigenthümer zum Kauf anzubieten, hat aber dieser zum Kauf keine Lust, so bleibt dem Zinsmann, wenn er nicht ganz umsonst seine Verwendungen gemacht haben will, nichts anderes übrig, als seine Verwendungen, wie Haus und Zaun, abzubrechen und mit sich fortzuführen, welchen Abbruch er wohl er wohl bei Scheu-

---

1) Kaiserrecht II. 111. „gibt aber der phechter sin gut uf unbetwungen, waz buwez er danne da uf hat getan, daz volget dem keiser."

2) Kaiserrecht l. c. „tut er (der phechter) aber dem keiser unrecht mit dem phachte, un wustet im sin gut, so mag in aber der keiser vertriben wol mit rechte."

nen ausführen darf, ohne sie dem Herrn zum Kauf vorher anbieten zu müßen [1]).

Ebenso ist der Lehnsherr, wenn das Lehngut an ihn zurückfällt, nicht verpflichtet, die Verbeßerungen des Lehngutes den Allodialerben zu ersetzen, denn hat er ihren Ersatz verweigert, so haben die Erben nur die Befugniss, die Verbesserungen mit sich zu nehmen [2]). Das Streben, weder dem Lehnsherrn wider seinen Willen etwas Fremdes gegen Bezahlung aufzunöthigen, noch dem Vasallen ohne Ersatz seine Verwendungen zu entziehen, führt mit zu dem Satz, die Gebäude als selbständiges Ganze ihrem Grund und Boden gegenüberzustellen, und das Sprüchwort, „alles, was die Fackel verzehrt, ist Fahrniss" begünstigt ihn und wird durch ihn begünstigt.

Nach Analogie dieser Fälle ist anzunehmen, daß der Commodatar die auf die geliehene Sache gemachten Verwendungen nur hinwegnehmen darf, wenn der Eigenthümer

---

1) Sächs. Landr. II. 53. „svat die man buwet uppe vremedem gude, dar he tins af gevet, dat mut he wol *afbreken,* of he dannen veret, unde sin erve na sime dode, ane den tun vore unde hindene unde dat hus unde den mes, dat sal die herren losen na der bure kore. ne dut he's nicht, he vort dat ene mit dem anderen wech." Richthofen, das emsiger Pfenningsschuldbuch §. 42. S. 209. „hversar (meyer) en seth en hus oppe thes others erve jefta werve, anda hi thet hus welle iestha scel wrcapie, sa is hit riucht, thet thi londhere tofara se."

2) S. L. Feudo. tt. 28. §. 2. „si vasallus in feudo aliquod aedificium fecerit, vel ipsum sua pecunia melioraverit et contigerit postea, ut vasallus sine filio masculo decedat, dominus aut patiatur aedificium auferri, aut solvat pretium meliorationis. Idem dico, si pretio servitutem feudo acquirat. Quidam alii dicunt, omnino ad dominum pertinere."

ihren Ersatz verweigert. Der Treuhänder wird keinen Ersatz der nothwendigen Kosten verlangen können, denn er ist ja verpflichtet den größten Fleis auf die Sache zu verwenden. Aus diesem Grund möchte er auch nicht berechtigt sein, den Ersatz der nützlichen Verwendungen zu fordern, da diese als eine Wirkung seiner treuen Pflichterfüllung erscheinen, höchstens ist er berechtigt die Verbeßerungen fortzuführen.

Diese Regeln über den Ersatz der Verwendungen beruhen auf folgenden Gründen. Die Arbeiten, die Verwendungen, welche der Inhaber auf die Sache macht, werden von ihm gewöhnlich nur in seinem Interesse, in Rücksicht auf seinen Vortheil ausgeführt, er kann aber seine Ansicht von seinem eigenen Vortheil dem Eigenthümer nicht aufdrängen, denn sonst müßte der Eigenthümer verpflichtet sein, ihm die Verbeßerungen seines Eigenthums zu ersetzen.

Ferner hat das ältere Deutsche Recht, das die feinen, die persönlichen Neigungen des Inhabers einer fremden Sache beschränkenden Lehren vom Römischen usus und ususfructus ursprünglich nicht kennt, die Bestimmung, daß derjenige, der mit Bewilligung des Eigenthümers eine Sache zur Benutzung erhält, namentlich Grundstücke, weit unbeschränkter, als ein bloser Römischer usufructuar oder gar usuar, auf sie einwirken darf. Da nun die betreffende Sache innerhalb der Gewere, innerhalb der concreten juristischen Persönlichkeit des Inhabers liegt, oder selbst als Immobilie ihren Hauptgegenstand und ihr Hauptfundament ausmacht, so ist auch dieser Inhaber in Bezug auf die Sache verbunden, die Folgen seiner persönlichen Einwirkung auf seine Kosten in der Art zu tragen, daß er den Eigenthümer, dem er nur verpflichtet ist, die Sache nicht schlechter abzuliefern,

als er sie empfangen hat, nicht zwingen kann, Verwendungen einer fremden Persönlichkeit zu ersetzen. In dieser Unverbindlichkeit des Eigenthümers gegenüber dem Inhaber liegt zugleich auf der andern Seite eine gewiße Anerkennung der gegenüberstehenden Persönlichkeit. Dieser Grundsatz steht nicht allein für sich, sondern er stammt aus derselben Quelle, aus welcher die Regel entspringt, daß eine jede Person zunächst die Folgen ihrer selbst unabsichtlichen Handlungen tragen muß, daß sie aber auch zunächst berechtigt ist, ihre angeblichen Handlungen zu bekräftigen oder zu leugnen.

Diesen Regeln entspricht nun auch, daß dann, wenn der Inhaber einer fremden Sache fast ganz frei auf sie einwirken darf, sie zu verbeßern oder auch zu verschlechtern befugt ist, er auch nicht einmal die Verbeßerungen mit wegzunehmen, oder gar ihren Ersatz anzusprechen vermag. Die Wittwe, die zur Leibzucht ein Haus auf den Gütern ihres Mannes erhält, das sie nach ihrem Belieben zu verbeßern oder zu verschlechtern berechtigt ist, darf das verbeßerte Haus nicht abbrechen, noch ihre Erben, sondern das Haus verbleibt unentgeltlich bei ihrem Tod dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf dem das Haus steht [1]).

---

1) Sächs. Landr. II. 21. §. 3. „hevet ok en wif lifgetucht an egene oder an lene, svat se gebuwes dar uppe hevet svenne sie stirft, dat ne erft se nicht an iren nesten mach, it nimt die, deme dat gut ledich wirt . . wende jewelk man mut wol sin gebu *beteren* unde *ergeren* uppe sime lene weder sines herren willen, also mut die vrowe up irer lifgetucht.“ III. 74. wirt en wif mit rechte von irme manne gesceiden, sie behalt doch ire lifgetucht, die he ir gaf an sinem egene, unde ire gebu dat dar uppe stat. Dat ne mut aver sie nicht upbreken noch dannen vören.“

Ebensowenig ist der Erbe eines Vasallen, welcher letztere die mit dem Lehn zugleich erhaltnen Gebäude nach seinem Belieben verschlechtern oder verbeßern durfte, berechtigt, beim Abgang vom Lehngut die Verbeßerungen des Hauses mit wegzunehmen [1]). Der Ehemann, beziehungsweise seine Erben, können nicht verlangen, daß die Verwendungen, die der Ehemann auf das von ihm in die Ehe eingebrachte Gut verwandt hat, ersetzt werden. Denn wenn auch das Gut zum gemeinschaftlichen Zweck der Ehe dienen sollte, so hatte doch der Ehemann während der Ehe ein fast unbeschränktes Verfügungsrecht über das Gut [2]). Dagegen darf er mit Recht fordern, daß ihm die Kosten ersetzt werden, die er auf das Erbgut der Frau verwandte [3]), da dieses fast gänzlich seiner beliebigen Disposition entzogen war, so wie mit Grund die Frau Ersatz der Kosten ansprechen kann, die sie auf das Haus der Eheleute machte. Denn sie, welche nur im Zweck der Ehe die Kosten aufwandte, hatte keine Gewalt über das Haus [4]).

Aus ähnlichen Gründen hat der Pächter, wenn der Verpächter wegen zwar ihm erlaubten aber nur in höchster Noth anzuwendenden Fällen, z. B. wegen eigenen Bedürfnisses, das Zinsverhältniß plötzlich einseitig auflöst, das Recht, Ersatz der noch vorhandenen Verwendungen zu verlangen. Denn der Zinsmann, der unter der Voraussetzung das Verhältniß werde die übliche, hergebrachte oder verabredete Zeit dauren, seine Verwendungen beliebig macht, wird plötzlich in seiner Disposition, in der Ausübung aller

1) Sächs. Landr. II. 21. §. 3.
2) Distinkt. I. 20. 8.
3) Gengler, Stralsund. Statut. 1375. §. 10.
4) Richthofen, Fredewolder Erbrecht 1396. §. 2. S. 381.

seiner Rechte am Gut gehemmt. Er kann daher mit Recht ansprechen, daß ihm, dem so unvermutet sein individuelles Verhältniß zum Gut gestört, ja aufgehoben ist, alles das ersetzt werde, was er in der Voraussetzung unternahm, frei und nach seinem Interesse auf das Gut einwirken zu können [1]).

Dagegen der Lehnsherr, der durch den glücklichen Zufall, daß der Lehnserbe beim Tode des Lehnsinhabers noch Lehnsunmündig ist, das Recht hat, die Lehnsnutzungen bis zu deßen Lehnsmündigkeit zu genießen, muß mit Recht leiden, daß, wenn der Erbe vor der Zeit lehnsmündig wird, während welcher der Lehnsherr die Lehnsnutzungen und Verwendungen ziehen konnte, er alle seine Verbeßerungen des Lehnguts unentgeltlich verliert. Sein zufälliger Vortheil gleicht sich mit seinem zufälligen Schaden aus [2]). Eine Art von Mittelstufe zwischen einseitiger Aufhebung von Seiten des Verpächters und des des Pächters ist der Fall, wo der letztere aus Noth das Verhältniß aufgiebt. Der Strenge nach hätte er in diesem Fall keinen Anspruch auf Ersatz der Verwendungen, aber in Berücksichtigung seiner dürftigen Verhältnisse wird Ersatz gegeben [3]).

---

1) Kaiserrecht II. 111. „auch hat der keiser macht, sin gut in sin hant zu nehmen von dem phechter, da er ez selber phlegen wil mit dem buwe, aber ane arglist, er muz aber ab *gelten alle sin schinbern* erbeit.“

2) Sächs. Landr. II. 58. 3.

3) Kaiserrecht l. c. „dringet in (den phechter) aber armut dazu oder ehaftig not, daz er dem keiser muz wider laszen sin gut, so hort *dez keisers gnade darzu fur die schinbern arbeit.* Sint gesc. stet: wer sich durch not muz scheiden von dem keiser, uber den sal sich der keyser erbarmen.“

4) Jemand macht Verwendungen auf eine fremde Sache, die zwar wider den Willen ihres Eigenthümers fortkommt, aber nicht auf unrechtmäßige Weise.

Der Eigenthümer hat hier alle Kosten zu ersetzen, die in diesem Fall der Inhaber der Sache auf sie verwendet, um sie vor dem Untergang zu sichern. Denn die Kosten werden ja hauptsächlich im Interesse des Eigenthümers aufgewandt, der ohne ihre Verwendung die Sache verloren haben würde.

Dieser Grundsatz, welcher in gewißer Weise mit der Regel, daß derjenige den Zufall trägt, der am meisten Vortheil von der Sache hat, übereinstimmt, ist zu sehr in der natürlichen einfachen Auffaßung der Verhältnisse begründet, um nicht in verschiedenen Fällen seine Wahrheit zu zeigen.

Bewahrt Jemand eine ihm zugefloßene oder von ihm gefundene Sache, so hat natürlich ihr Eigenthümer alle die Kosten zu ersetzen, welche ihre Aufbewahrung veranlaßen [1]). Denn wenn gleich der Finder ein Interesse an der Sache hat, da er, je nach den Umständen von ihr einen Theil oder sie vollständig erhält, wenn ihr Eigenthümer sich nicht binnen einer bestimmten Zeit meldet, so überwiegt doch der Vortheil des Eigenthümers in hohem Grad den des Finders. Nur das läßt sich in Rücksicht auf die Belohnung des Finders schließen, daß er nicht berechtigt ist, vom Eigenthümer Ersatz der Kosten zu verlangen,

---

1) Sächs. Landr. II. 29. 37. Distinkt. IV. 42. 13. IV. 9. 5. „kempt denne jener binnen sechs wochen, deme is zcugehort, he sal sich dorczu zcien selbdritte, unde sal gelden dy koste dy jener doruf getan had ab is pherde sin adder fih.“

welche er auf die gefundene, aber vor der Zurückforderung ihres Eigenthümers verloren gegangene Sache gemacht hat.

Ein anderer nicht ganz so einfacher Fall, wie der eben erwähnte, ist der, wo Jemand ihm schadende Thier pfändet, und er nun vom Eigenthümer Ersatz der ihm aus der Unterhaltung der Thiere entstandenen Kosten verlangt. Denn der Pfänder wollte sich ja durch die Pfändung zunächst wegen des Schadensersatzes sichern, also scheint er zunächst in seinem, nicht im Interesse des Eigenthümers die Pfändung vorzunehmen, und sein Interesse an der Erhaltung der gepfändeten Thiere das ihres Eigenthümers zu überwiegen. Aber da an und für sich der Eigenthümer des Grundstückes ohne gesetzliche Bestimmung berechtigt ist, die seiner Were schadenden Thiere zu tödten, und nur die Rücksicht auf einen etwaigen Eigenthümer seine Willkür zügelt, zugleich aber der von den Thieren dem Grundstück zugefügte Schaden ihrem Werth nicht gleich kommt, so hat ihr Eigenthümer ihre Futterungskosten dem Pfänder zu ersetzen. Nur das ist zweifelhaft, ob der Pfänder oder der Eigenthümer die Kosten der Unterhaltung zu tragen hat, wenn eins oder gar alle von den gepfändeten Thieren umkommen, oder gepfändete Sachen sonst auf eine andere Weise verloren gehen. Sterben gepfändete Thiere bei dem Pfänder, so wird er keinen Ersatz für seine Kosten verlangen können, denn in diesem Fall braucht er ja die gestorbenen Thiere dem Eigenthümer nicht zu ersetzen, auch ist er nicht berechtigt, wenn eins von den gepfändeten Thieren stirbt, die Kosten seiner Erhaltung und Aufbewahrung zu den Kosten für die anderen zuzurechnen. Denn die Kosten für ein bestimmtes, einzelnes Thier sind mit deßen Natur und Wesen in der Weise verbunden, daß wenn das Thier aufhört zu leben, auch die Forderung für seine Kosten auf-

hört zu bestehen. In den Fällen dagegen, wo der Pfänder den zufälligen ohne seine Schuld entstandenen Verlust der gepfändeten Gegenstände ihrem Eigenthümer ersetzen muß, wird er allerdings berechtigt sein, sich die Kosten für einen jeden einzelnen gepfändeten Gegenstand zu berechnen. Denn sonst würde der Eigenthümer der gepfändeten Sachen zu großen Vortheil haben, weil ein dritter, der doch wegen der Schuld des Eigenthümers die Gegenstände pfänden darf, zugleich den Zufall und die Kosten für diese zu tragen hätte, folglich dem Eigenthümer eine solche Pfändung, die ihm mit zur Strafe gereichen soll, nur erwünscht sein könnte.

---

§. 12.

Die Verschweigung und der Verzug.

Die Lehre vom Verzug und von der Verschweigung hat im Deutschen Recht einen von der Römischen Anschauung ganz abweichenden Charakter. Während im Römischen Privatrecht bei der mora das Privatinteresse, die Entschädigung für die vorenthaltene Benutzung, die Berechnung des entgangenen Gewinns den entscheidenden Hauptpunkt ausmacht, kommen im älteren Deutschen Recht diese feine Berechnungen entweder gar nicht oder nur sehr wenig in Betracht. Von einer Berechnung der entzogenen Zinsen kann natürlich bei einem Recht nicht die Rede sein, was nicht einmal einen besonderen Vertrag über Zinsen gestattet. Ebenso wenig ist eine Berechnung des entgangenen Gewinns da statthaft, wo die Ver-

kehrsbeschränkungen, der geringe Umsatz, die festen, gesetzlichen Preise der einzelnen Gegenstände, ihre gegenseitige Vertretbarkeit keine oder nur geringe Gelegenheit geben, nach seiner Spekulation einen Gegenstand als gesucht und theuer in den öffentlichen Verkehr zu bringen. Der Römer denkt sich unter mora die ungerechte Verzögerung entweder von Seiten des Gläubigers bezüglich der Annahme der Schuld, oder die des Schuldners bezüglich der Leistung. Aber mit diesem Begriff ist der Begriff von Verzug im Deutschen Recht keineswegs von gleicher Bedeutung.

Im Deutschen Recht ist nemlich die Lehre des Verzuges nicht als ein Theil des Obligationenrechts aufzufaßen, sondern sie kann nur erklärt und verstanden werden, wenn man zugleich ihr Verhältniß zum Gericht, und ihren Zusammenhang mit andern Rechtsinstituten berücksichtigt. Denn der Verzug, die Verschweigung erscheint als eine Art Ungehorsam, den der Einzelne sich gegen seinen Grundherrn, gegen seinen Leibherrn, gegen seinen Lehnsherrn, gegen seinen Gläubiger, gegen seine Familie, gegen seinen Richter, gegen seine Volksgenoßen, gegen seinen Herrscher zu Schulden kommen läßt. Denn auch selbst in den Fällen, wo Jemand durch seinen Verzug eine Berechtigung verliert, enthält diese Berechtigung in den meisten Fällen doch zugleich auch eine gewiße Pflicht für ihn. Der Grundsatz des Germanischen Rechts, daß das Recht zugleich eine Pflicht enthalte, zeigt sich hier in seiner vollen Stärke, und liefert einen vollgültigen Beweis von der sittlichen Grundlage, auf welcher die Deutsche Rechtsanschauung beruht. — Im engeren, juristischen Sinn umfaßt nun der Ausdruck Verzug alle die Fälle, wo Jemand nicht zur gehörigen Zeit Gegenstände giebt, oder diejenigen Handlungen vornimmt, die er vor G e r i c h t oder wegen des G e r i c h t s vorzunehmen hat, be-

ziehungsweise auszuführen verpflichtet oder berechtigt ist. Aus dieser eigenthümlichen Verbindung von Berechtigung und Verbindlichkeit folgt dann auch, daß nach Deutschrechtlicher Auffaßung keine Naturobligation bestehen bleibt, wenn Jemand sich an seinem Recht, an seiner Verbindlichkeit verschweigt. Wenn nun auch die Wirkungen des Verzugs bei den Schuldverhältnissen vorzugsweise zu berücksichtigen sind, so ist doch seine Darstellung nicht auf diese zu beschränken. Denn seine Grundsätze zeigen, in welchem tiefen, inneren Zusammenhang die Verschweigung der Ansprüche auf Rechtspersönlichkeit und Ehre, auf Freiheit, auf Grundbesitz, selbst sogar auf Geldschulden untereinander stehen, und daß für sie alle gewiße, gemeinschaftliche Grundsätze gelten [1]). Aus diesem Grund ist daher die Lehre vom Verzug, um seine Darstellung nicht in einzelne Theile zu zerstückeln, und die Zeichnung seines Charakters nur theilweise auszuführen, nach ihren verschiedenartigen Wirkungen im Zusammenhang zu erklären, aus welchem Standpunkt denn sich auch seine Stellung hier in diesem gleichsam allgemeinen Theil rechtfertigt.

Die verschiednen Fälle, bei denen der Verzug eines Berechtigten möglich ist, der zu gleicher Zeit aber auch in Bezug auf dasselbe Verhältniss möglichst verpflichtet sein kann, sind nun folgende:

A. Verzug des Verklagten.

I. Verzug des Verklagten aus einem Verbrechen.

II. Verzug des Verklagten aus einer Civil-Sache.

B. Verzug des Klagberechtigten.

I. Verzug bei dinglichen Ansprüchen, vor allen beim Grundbesitz.

1) Vergl. **Ed. Roth. c. 366.**

II. Verzug bei persönlichen Ansprüchen.

1) Verzug bei Klagen aus Verbrechen.

2) Verzug bei Forderungen aus Verträgen.

A. Verzug des Verklagten.

I. Verzug des Verklagten aus einem Verbrechen.

Als eine Hauptverbindlichkeit eines jeden Volksgenoßen gilt die Pflicht, sich dem Gerichtsbann zu unterwerfen, zumal dann, wenn der Freie wegen eines Verbrechens angeschuldigt ist, das ihm an Leben oder Hand geht [1]), als ein Hauptrecht des Freien besteht aber zugleich seine Befugniss, in der öffentlichen Volks- und Gerichtsversammlung aufzutreten und sich zu vertheidigen. Der Gerichts-, Volks-, Königsfriede beherrscht und beengt zwar die Willkür des Einzelnen, aber er giebt ihm auch ein Recht auf Schutz und Vertheidigung. Je länger nun der Verzug dauert, je weniger der des Verbrechens Angeklagte von seinem Recht Gebrauch macht, sich in öffentlicher Volksversammlung zu vertheidigen, desto stärker sind die Wirkungen seines trotzigen Ungehorsams, desto nachtheiliger die Folgen der übermütigen Vernachlässigung seiner Rechte.

Schon in der älteren Zeit wird der eines Friedensbruchs Angeklagte, wenn er trotz dreimaliger oder mehrmaliger Vorladung vor Gericht ausbleibt, für seine Güter und für seine Person vom Grafen in die Acht erklärt [2]).

---

1) Sächs. Landr. I. 68. 1.

2) Capt. III. 50. IV. 24. 87. vergleiche auch Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 207. N. f. und cap. Carol. mag. 803. c. 5. Nach den Volksrechten schein er wegen seines Ungehorsams nur zur Summe des fredums und zur Bezahlung der eingeklagten Composition verurtheilt worden zu sein. Lex Alam. tt. 36. c. 3.

Später wird derjenige verhaftet, der nach dreimaliger Vorladung vor Gericht, jede Vorladung giebt eine Frist von vierzehn Tagen oder von sechs Wochen, je nach dem Stand des Angeklagten [1]), sich nicht stellt [2]), während seine Güter vom Gericht in Beschlag genommen werden [3]). Diese Verfestung trifft auch denjenigen, der in einem Gericht gegenwärtig ist, und nach einer wegen eines Verbrechens gegen ihn angestellten Anklage, aus dem Gerichte flieht [4]). Wenn dagegen der wegen eines Verbrechens Angeklagte zwar nicht durchgeht, sondern da bleibt, oder vorgeladen erscheint, aber troß dreimaliger bei Strafe wiederholter Aufforderung sich zu vertheidigen, dennoch stillschweigt, so hat der Kläger das Recht sofort seine Klage zu beweisen, ohne daß dem Verklagten später noch ein Gegenbeweis zustände [5]).

---

1) Sächs. Landr. I. 67. 1.

2) Sächs. Landr. I. 68. §. 2. II. 87. §. 4. Schwäb. Landr. 105. 106. 275. 292. Jüt. Low II. 9. Pertz. II. Curia Moguntin. 1131.

3) Pertz. l. c. „si corruptor pacis aufugerit, dux vel comes, vel advocatus vel quilibet rector sub cujus regimine prius fuerat, praedia violatoris pacis auferat.“ Vergleiche auch Albrecht l. c. S. 42. Einige Statuten erlauben jedoch, daß der Verfestete innerhalb seiner Were sitzen bleiben darf, wie z. B. das Goslar. Statut. Leibnitz scr. rer. Bruns. III. 511. §. 31. Albrecht No. 81. 98.

4) Sächs. Landr. II. 45. „svene man vor gerichte scüldeget, in sin antwerde, wert he dingvlüchtich, is he gescüldeget um ungerichte, man sal ine vervesten altohant.“

5) Sächs. Landr. III. 39. 34. II. 3. 3 Schwäb. Landr. c. 275 „swer vor gerihte wirt beklaget, unde im der rihter gebiutet, daz er antwürte, unde wil er niht antwürten, sô sol im der rihter gebieten eines unde anders unde dritte stunt daz er antwürte, unde antwürtet er danne niht sô sol der rihter jenen

Nur dann, wenn der zufällig vor Gericht Anwesende wegen eines Vergehens zum Zweikampf aufgefordert wird, braucht er nicht sogleich zu antworten, sondern kann einen besonderen Termin fordern [1]).

Ein besonderes Privileg des Angeklagten, der zwar gegenwärtig ist, aber beharrlich stillschweigt, bildet die Verpflichtung des Anklägers seine Klage mit sechs Gezeugen zu beweisen, während er sonst doch durch seinen blosen Eid die Anklage beweisen kann, wenn der Verklagte nicht antwortet oder ausbleibt [2]). Dieses ist wahrscheinlich eine Folge von dem Vorrecht der Sachsen, bei denen der eines Verbrechens Angeklagte berechtigt ist, jede Criminalklage mit seinem blosen Eid zurückzuweisen [3]). Dieses Privileg entspringt aus Hochachtung vor der unantastbaren Persönlichkeit des freien Sachsen, deßen edelste Güter, Freiheit, Ehre und Leben so sehr als möglich geschützt werden sollen.

Allerdings ist auch bereits nach dem Sachsenspiegel dann kein besonderer Beweis mehr nöthig, wenn der Verklagte, der erklärt hat, sich auf den Zweikampf einzulaßen, trotz dreimaliger Ladung sich nicht stellt [4]). Denn dann hat der Gegner mit seinem Schwert vor Gericht nur zwei Hiebe und einen Stoß in die Luft zu thun, um die ab-

---

für sich heizen klagen. git ez im aber an den lip, so rihte der rihter über uber in als ob er antwurte, wan er ist dâ mit niht ledic, ob er niht antwürten wil."

1) Sächs. Landr. II. 3. 2.

2) Sächs. Landr. III. 39. 3. 4. „gat ime aver die scult an den lif ader an sin gesunt, die mut die klegere selve sevede getugen up ine."

3) Sächs. Landr. II. 18. 2.

4) Sächs. Landr. I. 63. §. 5.

wesende Gegenpartei des Verbrechens zu überführen [1]). Denn derjenige, welcher den Proceß zum Zweikampf kommen läßt, diesem so sicheren Zeichen, sich bis aufs Aeußerste zu wehren, und seine Unschuld zu vertheidigen, giebt dann, wenn er trotz dieser für seine Unschuld so sehr sprechenden Behauptung vor Gericht ausbleibt, rechtlich begründete Ursache anzunehmen, daß der Verklagte im Bewußtsein seiner Schuld die Vertheidigung aufgegeben hat.

Der Zustand des Verfesteten gleicht in gewißer Weise der Lage desjenigen, gegen deßen Sachen wegen vernachläßigter oder verweigerter Schuldenzahlung gerichtliche Pfändung erkannt ist. Da der Verfestete von den Funktionen eines Richters, Schöffen, Fürsprechers, Zeugen, Eideshelfers, Klägers während der Verfestung ausgeschloßen ist [2]), so erscheint er in Bezug auf diese gerichtliche Befugnisse gleichsam wie derjenige, dem durch die gerichtliche Beschlagnahme einer Sache alle rechtliche und gerichtliche Einwirkung auf sie entzogen ist.

Der Verfestete darf nicht allein von seinem Gegner, sondern auch von einem jeden gefangen genommen werden [3]), ein jeder aus dem Gerichtssprengel, wo er verfestet ist, hat gegen ihn als einen Verfesteten gleichsam eine actio popularis, die ihn zur Gefangennahme des Verklag-

---

1) Görlitzer Landrecht c. 47. §. 14. Sächs. Landr. I. 63. 5. „ne kumet he to der dridden ladunge nicht vore, die klegere sal up stan unde sik to kampe bieden unde sla tvene slege unde enen steke weder den wint. dar mede hevet he jenen verwunnen sogedaner klage, alse he ine angesproken hevet.“

2) Sächs. Landr. II. 63. §. 2. III. 16. §. 3. Sächs. Lehnrecht I. 12.

3) Sächs. Landr. II. 10. Kaiserrecht I. 27. 30.

ten berechtigt. Ferner bewirkt die Verfestung, daß der Kläger berechtigt wird, sofort den Beweis des Vergehens zu liefern. Denn der Ungehorsam des Verklagten giebt, wie die handhafte beschriene That, die rechtliche Vermutung, daß die Klage des Klägers begründet ist, und dann hat er zuerst das Beweisrecht [1]). Die Folgen der Verfestung treten übrigens nur in dem Gerichtssprengel ein, deßen Gericht die Verfestung ausgesprochen hat, spricht sie das königliche Gerichts aus, dann heißt sie Acht, und gilt für die gesammten Deutschen Lande [2]). Als ein besonderes Privileg wird häufig den Städten bewilligt, daß der vom Stadtgericht Verfestete ebenfalls als Verfesteter in die königliche Liste der Geächteten eingetragen werde, so daß er überall als Verfesteter gilt [3]). Die Folgen der Verfestung können sich nun steigern, je nach ihrer Dauer. Nach dem Rudolfsbuch darf der Richter denjenigen, der dreimal geladen ausbleibt, zum viertenmal mit Brand und Hausbruch vorladen, d. h. mit diesen Mitteln strafen, wenn er nicht vor Gericht erscheint, und hat er kein Haus, so gilt der Grundsatz, daß alles, was der Ungehorsame Unrechtes thut, doppelt gebüßt wird, was ihm aber selbst geschieht, bußlos bleibt [4]). Diesem Grundsatz ist die Bestimmung ähnlich, daß wenn in

---

1) Sächs. Landr. III. 39. §. 4. III. 88. §. 3. Kulm. R. III. 72. Vergleiche auch §. 19. u. 20.

2) Sächs. Landr. I. 71. III. 81. §. 3. Kulm. R. III. 142. 144. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 103. 37.

3) Gengler, Stadtr. Rotenburg. Freiheitsbrief v. Rudolf v. Habsburg I. 1274.

4) Richthofen das Rudolfsbuch §. 6. S. 426. „hweerso ma dy frya Fresa tho how bodet aen dey ende dyn odera ende dyn tredda, ende hy dan naet comma nel, so aeghma hyne itta fiaerda dey to sekane to sine how mit brand ende mit

Breisach Jemand einen Todtschlag innerhalb des Burgbanns begeht und auf der That beschrieen entflieht, sein Vermögen einstweilen der Stadtherr einzieht, das Haus des Verbrechers von Grund aus zerstört wird, und vor Ablauf eines Jahres nicht wieder aufgebaut werden darf [1]).

Diese Folgen des Verzugs sind jedoch nur Ausnahmen. Der Verfestete hat das Recht, die Folgen der Verfestung aufzuheben, gleichsam eine restitutio in integrum seiner verloren gegangenen persönlichen Rechte zu bewirken, wenn er sich freiwillig dem Gericht stellt, welches Recht freilich hie und da beschränkt ist. Nach dem Kulmischen Recht genügt bei demjenigen, der sich freiwillig aus der Acht zieht, nicht mehr sein bloser Unschuldseid, sondern er muß mit sechsen seine Unschuld beschwören [2]). Nach dem Passauer Recht [3]) hat der wegen eine Diebstals einmal Verfestete niemals von der Zeit der Verfestung an wieder das Recht, vor Gericht zu klagen [4]). Die freiwillige Ergebung in die Hand des Richters wird

---

breeck; ieff hy dan ne haet hor huus ner hoff, so aegh him syn greetman syn riucht do dwaen in da lyuedwarue ende hyne wtoer ferd to lidsane syn lyff ende syn gued; haetso ma hym dan deth dat it boetloes, ende haetso hy dan deth dat is twibeet." Siehe auch Kür. d. Oster- u. Westerhammerick. 1386. §. 3. p. 521. lin. 27—30. Lex Saxonum h. v. Merkel cap. 797. c. 8.

1) Gengler Breisach Brief v. Rudolf v. Habsburg 1275. §. 1.

2) Sächs. Landr. II. 41. III. 17. §. 1. 2. III. 18. 2. Kulm. R. III. 143.

3) Kulm. R. III. 143.

4) Gengler Rechtsbrief v. 1325. §. 23.

5) §. 5. l. c. „fur . . . qui semel proscribitur pro furto deinceps *nunquam* pro qualicunque causa in *judicio standi personam* habebit."

verlangt, weil eine gezwungene nicht die rechtliche Vermutung aufhebt, der Verklagte habe in seinem Schuldbewußtsein sich dem Gericht entzogen. Ferner enthält die abgenöthigte Stellung vor Gericht eine stillschweigende Nichtanerkennung des im Gerichtsbann ausgesprochenen Herrschers- und Volkswillens. Das Volk kann sich nicht damit zufrieden stellen, daß ein Volksgenoße, der das Recht hat, in der ehrenvollsten Versammlung der Volksgenoßen, in der Gerichtsversammlung, zu erscheinen, eine solche ihn ehrende Handlung und Pflicht gezwungen vornimmt.

Hat nun der Verfestete den frechen Uebermut, ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage in der Verfestung zu beharren [1]), so giebt diese so lang währende, hartnäckige Verhöhnung des Gerichts vollständigen rechtlichen Grund, mit sicherer Gewißheit anzunehmen, der Angeklagte sei nicht allein des Versprechens schuldig, sondern er habe auch die bestimmte Absicht aus allen rechtlichen Verhältnissen zu seinem König, zu seinem Lehnsherrn, zu seinen Volksgenoßen, zu seiner Familie austreten zu wollen. Dieselbe rechtliche Vermutung gilt dann, wenn der Geächtete sich freiwillig vor dem Ablauf von Jahr uud Tag stellt, und aus der Acht zieht, aber dennoch an dem zur Verhandlung bestimmten Termin wieder ausbleibt [2]). Der Richter erklärt nun in Folge dieser Ansicht den Verfesteten von allem seinem Recht los und ledig, er stößt ihn aus der Volks- und Rechtsgenoßenschaft, die der Verfestete so sehr verachtete, und der Ausgestoßene gehört von nun an nicht allein

---

1) Ueber die Eintheilung dieser Zeit siehe Sachse, historische Grundlagen des Deutschen Staats- und Rechtslebens S. 470—477.

2) Sächs. Landr. III. 34. 3.

nicht zu seinen Geburts= und Rechtsgenoßen, sondern er gilt auch wegen seiner Verhöhnung und Geringschätzung seiner Stammes= und Gaugenoßen und seiner ihm als ein Mitglied des Volks zustehenden Rechte als ein Feind des ganzen Stammes, den ein jeder beleidigen, verwunden, tödten darf, ja soll [1]). Nicht ohne sittliche Berechtigung wird der Wohnsitz eines solchen, der aus dem Blut seines Stammes, aus dem Geschlecht seiner Familie ausgeartet ist, von Grund aus zerstört, und sein schmachvolles Angedenken als einem Bastard seines Volks aus der Erinnerung seiner Volksgenoßen ausgelöscht [2]). Der Rechts= und Friedlose bleibt seinen Volksgenoßen gegenüber ewig fried= und rechtslos, seine Friedlosigkeit währet, wie die Quellen sagen [3]), einen Tag und hundert Jahre. Nichts ist folgerichtiger und rechtsgemäßer, als daß demjenigen, der sich weigert da Recht zu geben, wo die höchsten Güter des Freien, Freiheit, Ehre, Leben auf dem Spiel stehen, von nun an wegen seiner Verweigerung alles Recht, alle Ehre und Freiheit, alle Lebensbefugniss verweigert wird.

Der so lange Zeit Verfestete hat sich an seinem ganzen Recht verschwiegen, nun schweiget für ihn auch alles Recht.

Das Volksrecht gewährt dem Einzelnen freien Raum zu seiner individuellen Rechtsentwickelung und lange Zeit für die Vertheidigung seiner Rechte, aber das Volk dringt

---

1) **Lex Sal. tt. 59.** Sächs. Landr. **I. 38. III. 34. §. 3. constt. reg. Sicul. II. 3. Pertz. II. constt. de incend. 1187.** Gengler. Diessenhofen Handfeste v. **1260. §. 18.** Schwäb. Landr. v. Laßb. **c. 47.** Rößler, altprager Statutarr. Art. **62.**

2) Gengler Soester Willkür. aus dem **12.** Jahrh. **§. 20.** Richthofen **leg. Upstal. c. 17.**

3) Grimm **I.** Rheingauer Landrecht **§. 69. S. 543.**

Niemanden sein Recht auf. Will Jemand sich der Rechtsgenoßenschaft entziehen, so mag dieser Wunsch erfüllt werden. In der Erklärung der Friedlosigkeit liegt nicht eine große Härte und Strenge, sondern ein gewißer Stolz, ein gewißes Selbstbewußtsein der Stammesgenoßen, verbunden mit einer gewißen Anerkennung der individuellen Willkür des Ungehorsamen.

Nach dem älteren Recht hatte der Friedlose das Recht, sich durch Zahlung des Wer- und Friedensgeldes sowie der Strafsumme aus der Friedlosigkeit zu ziehen[1]). Diese Befugniß des Geächteten beruhte wohl auf dem Umstand, daß nach dem Privatcharakter des älteren Rechts der Kläger und nicht der Richter den Angeschuldigten vorlud. Dieser letztere zeigt also, wenn er wegbleibt, zunächst gegen seinen Ankläger, und dann erst gegen die Richter, gegen den König Verachtung. Da aber bereits nach den Capitularien der Richter den Angeklagten vorladen läßt[2]), so überwiegt wieder die Rücksicht auf die verhöhnte, verletzte öffentliche Staatsgewalt die privatrechtliche Beziehung. Aus diesen Gründen hat denn auch der Friedlose wenig Gelegenheit, die Rechte und Pflichten eines Volksgenoßen sich wieder zu erwerben. Nur dann, wenn er durch eine That, wie z. B. durch den vor dem Kaiser gegen einen feindlichen König ausgeführten Kampf, offen zeigt, daß er bereit ist, seine gesammte Persönlichkeit für seine Volksgenoßen, für die Ehre und für

1) Lex Sal. tt. 59. „si quis ad mallum venire despexerit, aut quod a Rachinburgiis fuerat judicatum complere noluerit... tunc ad regis praesentiam ipse manire eum debet. Tunc cum ista omnia impleverit, qui eum admallat, et ille qui admallatur ad nullum placitum venerit... tunc rex... extra sermonem ponet, et ita ille culpabilis et res suae erunt in fisco... *donec omnia* secundum legem ea quae illi injuncta sint, *componat*".

2) Capt. L. III. 45. IV. 24. 25. 86. VI. 211.

den Ruhm des Kaisers und Reiches hinzugeben, seinen Ungehorsam und seinen Uebermut durch das Opfer seines Blutes zu sühnen, wird er wiederum als Mitglied des Deutschen Reiches und als Inhaber Deutschen Rechts für seine Person anerkannt, während seine einmal eingetretene Güterentziehung bestehen bleibt[1]). Als eine Art von freiwilliger, strafloser Verschweigung des ganzen Volksrechts ist der Fall anzusehen, wo Jemand ein Jahr lang Mönch bleibt, denn er verliert dann alles Land- und Lehnrecht. Ein Jahr reicht hier aus, da die gerichtlichen Fristerstreckungen von selbst hier wegfallen.

---

§. 13.

Fortsetzung.

II. Der Verzug des an und für sich zur Vertheidigung berechtigten Verklagten bei Civilansprüchen und sein Ungehorsam nach seiner Verurtheilung.

Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden:

1) Jemand ist zufällig vor Gericht, und wird um Grundbesitz z. B. um Eigen oder Lehn, beklagt. Da die älteren Quellen über diesen Fall schweigen, so sind zunächst die Bestimmungen der Rechtsbücher über diesen Fall zu erwähnen. Nach dem Sachsenspiegel braucht sich derjenige, der zufällig vor Gericht ist, und um Lehn oder Eigenthum beklagt wird, nicht sofort auf die Klage einzulaßen, sondern kann einen anderen Termin fordern[2]), gerade so wie derjenige,

---

1) Sächs. Landr. I. 38. § 3.

2) Sächs. Landr. II. 3. 1.

der zufällig vor Gericht zugegen, zum Zweikampf aufgefordert wird. Vertheidigung des Grundbesitzes und Vertheidigung der Persönlichkeit, der Ehre und Freiheit werden als die beiden Hauptrechte des Freien in dieser Beziehung gleichgestellt. Uebrigens haben manche Stadtrechte, bei denen schon das Geld der Immobilie gleichgestellt wird, dieses auch bei Geldforderungen gestattet [1]). Erscheint der Verklagte nun am Gerichtstag, schweigt aber zu der Klage, nach dreimaliger Aufforderung sich zu vertheidigen, so ist er in der Art für sachfällig zu erkennen, daß sein Gegner berechtigt ist, seine Klage zu beweisen, ohne daß später der Verklagte irgend einen Gegenbeweis zu liefern berechtigt ist [2]).

In andern Fällen dagegen, namentlich bei Schuldklagen, muß derjenige, der zufällig vor Gericht ist, gerade so wie bei Criminalvergehen, eingestehen oder leugnen [3]). Bei Klagen um Grundbesitz erlangt der Kläger das Recht, sofort seine Klage zu beweisen, während nach dem Sachsenspiegel derjenige, der bei Klagen um Geld, troß dreimal wiederholter Aufforderung sich zu verantworten, schweigt, sofort als sachfällig gilt [4]).

---

1) Heumann, Ingolst. Stadtr. §. 57. S. 158.

2) Vergleiche Schwäb. Lehnr. c. 85. Schwäb. Landr. c. 275.

3) Sächs. Landr. II. 33. Görlitzer Landr. c. 46. § 2. **swelich man vor gerichte umbe ein schult geschuldigit wirt, vorswigit er die ansprache zo drin malin, so wirt dem clegere die schult irteilit, die er vordirt.**

4) Sächs. Landr. II. 45. III. §. 1. III. 39. 3. **„svene man vor gerichte scüldeget, unde ime die richtere to rechter antworde gebüt, ne wil he nicht antwerden noch mit rechte untreden sik, dat he icht antwerden sole, so delt man ine wedhaft, also dut man to dem anderen unde tome dridden male, unde ne antwerdet he den noch nicht, so is he *gewunnen in der scult*".** Dist. III. 10. 1. Schott. 1. Magdeburg. Stadtr. Art. C.

Nach manchen Stadtrechten zahlt der Verklagte zunächst nur eine Buße, und kann dann sich aus dem Gericht entfernen, ohne daß der Kläger sofort seine Klage beweisen darf[1]). Nach dem Schwabenspiegel dagegen ist anzunehmen, daß der Kläger, wenn der um Schuld Beklagte stillschweigt, seine Klage mit Beweismitteln, wenn auch nur mit seinem Eid, zu bekräftigen hat. Der Schwabenspiegel sagt nemlich, daß dann, wenn der gegenwärtige Beklagte im Gericht nach dreimaliger Aufforderung stillschweigt, der Kläger für sich allein klagen könne[2]). Diese Befugniß des Klägers setzt also voraus, daß der Richter nicht sogleich nach dem Ungehorsam des Verklagten dem Kläger seine Ansprüche zuerkannte, sondern daß der letztere nur das Recht erlangte, durch seinen blosen Eid die Klage zu beweisen, gerade so wie nur in umgekehrter Ordnung der Verklagte ursprünglich das Recht gehabt hatte, durch seinen blosen Eid die einfache Klage abzuweisen.

2) Ist Jemand vor Gericht geladen, erscheint aber nicht, so sind die Folgen, je nach dem Klagobject und je nach den verschiednen Rechtsquellen höchst verschieden.

Nach den Volksrechten, wo die einfachen Schuldklagen wohl wenig stattfanden, ist der Kläger, der mehrmals, gewöhnlich dreimal, nach dem Ripuarischen Recht siebenmal

---

1) Gengler Ulm. Stadtr. aus dem 13. Jahrh. §. 17. „quid juris, si non vocatum in judicio invenerit (creditor) respondemus, si vult, respondebit, vel si non vult, dabit judici denarios sex, et recedit a judicio“.

2) Schwäb. Landr. c. 275. „swer vor gerihte wirt beklaget unde im der rihter gebiutet daz er antwürte, unde wil er niht antwürten, so sol im der rihter gebieten eines unde anders unde dritte stunt, daz er antwürte. unde antwürtet er danne niht, so sol der rihter jenen für sich heizen klagen, unde sol im rihten, als ob er antwurte“.

vergeblich den Schuldner bei Strafe vorgeladen hat[1]), berechtigt, ihn unter Zuziehung von gerichtlichen Personen für den Betrag seiner Forderung und der richterlichen Straffumme zu pfänden[2]), oder nöthigenfalls die Sache vor ein höheres Gericht zu bringen[3]), wo die Strafe für den Ungehorsamen bedeutend sich steigert. Zugleich hat der Kläger das Recht erlangt, seine Klage zu beweisen. Erscheint jedoch der Verklagte vor dem höheren Richter, oder, ehe alle Fristen zur Vertheidigung oder Einlösung des Pfands verstrichen sind, vor dem ursprünglichen Gericht, so hat er noch das Recht sich zu vertheidigen.

Ob nun derjenige, der auf ein Grundstück klagte, in dasselbe eingewiesen wurde, ist nicht genau zu erkennen[5]). Für die Zeit der Fränkischen Herrscher hat Eichhorn unterschieden, je nachdem die Vorladung vom Kläger selbst geschieht, eine mannitio erfolgt, oder der Richter, der Graf vorladet, eine bannitio ausführt[6]). Bei mehrmals vergeblich wiederholter mannitio, welche nur noch bei Klagen um Erbschaft, also überhaupt um Grundstücke, und um Freiheit stattfand[7]), hätte nur Exekution der

---

1) Lex. Rip. tt. 32.

2) Lex Rip. tt. 32. c. 3. lex Sali. tt. 53.

3) Lex Alam. tt. 36. Marc. form. appendix f. 38.

4) Vergl. lex Rip. tt. 32. c. 3. 4. edict. Roth. c. 256. 257, an den beiden letzteren Stellen wird gesagt, daß der Gepfändete, wenn er die Pfandsache auslöst, solle justitiam facere, welche Worte unstreitig andeuten, daß er entweder die Schuld zahle oder sich vertheidige.

5) Siehe das Folgende, und Eichh. D. St. u. R. §. 81.

6) Eichhorn l. c. §. 207.

7) Cap. IV. 25. „si quis de statu suo, id est de libertate vel de hereditate compellandus est, juxta legis constitutionem manniatur, de ceteris vero causis, unde quis rationem est redditurus, non manniatur sed banniatur, et si post unam et alteram comitis admonitionem aliquis ad mallum venire noluerit, rebus ejus in bannum missis venire et justitiam facere

Klage stattgefunden, dagegen bei der bannitio wären die Güter des Verklagten in den Bann gekommen[1]). Allerdings ist richtig, daß in dem Capitulare III. 45. VI. 211, wo von der erfolglosen Vorladung gehandelt wird, statt mannitus bannitus gelesen werden muß, da das Capitulare von Karl dem Großen[2]), aus dem diese beiden Stellen der Capitularien genommen sind, nicht den Ausdruck mannitus, sondern bannitus gebraucht[3]).

Allein gegen diese Ansicht spricht Folgendes: In dem Capitulare a. 819. c. 11. wird ausdrücklich von einem Fall gesprochen, wo Jemand wegen eines Grundstücks verklagt ist, und wo dieses in den Bann gethan ist[4]). Eichhorn will dieses von dem Fall verstehen, wo der Kläger, ehe das Gut in den Bann kam, gegen den Verklagten klagte, weil er in Bezug auf das Grundstück gegen ihn einen Friedensbruch beging, und wo nun wegen des Ungehorsams des Verklagten das Gut in den Bann gekommen ist. Nach den Worten aber „quodsi de ipsa proprietate, quae in bannum missa fuit, fuerit interpellatus“, scheint vielmehr wohl hier der Fall so angenommen werden zu müßen. Jemand hat auf ein Grundstück geklagt, wegen Ungehorsam des Ver-

---

compellatur, vergl. auch cap. L. III. 45. VI. 211. IV. 76. 77. Canc. II. cap. Ludov. pii leg. Sal. ad. c. 3. S. 170. lex Salic. reform. tt. 12. l. leg. Long. Loth. leg. c. 76. 77. 75. Ca. Mag. leg. c. 27. 77.

1) Ueber die Wirkung des Banns siehe weiter unten.

2) Canci. II. capi. Car. Mag. 803. c. 33.

3) Cap. Car. M. 803. c. 33. „si quis ad mallum legibus bannitus fuerit“.

4) „Quodsi non de alia re, sed de ipsa proprietate, quae in bannum missa fuit, fuerit interpellatus, per praecepti nostri auctoritatem in jus et potestatem hominis qui eam quaerebat, si sua esse debet, faciamus perveniri“.

klagten ist nun über das Grundstück der Bann ausgesprochen worden. Der Verklagte hat aber diesen Bann nicht respektirt, sondern eigenmächtig sich seines Grundstücks zu bemächtigen gesucht. Nun wird er wegen dieser Eigenmacht verklagt, und dem Kläger, der zunächst zum Beweis seiner Klage zugelaßen wird, für immer das Gut zugesprochen [1]). Ferner sagt das Capitulare von Karl dem Großen v. 779. ohne zu unterscheiden, ganz allgemein, daß, wenn Jemand vor das Gericht mannirt worden ist, und er zum viertenmal vorgeladen, nicht kommt, seine Güter in den Bann kommen [2]).

Daß nun an dieser Stelle nicht anstatt mannitus, bannitus zu lesen ist, ergiebt sich aus c. 77. desselben Capitulare. An dieser Stelle wird nemlich ausdrücklich bemerkt, daß das mannire nicht mehr nöthig ist, ausgenommen bei Klagen um Erbschaft oder Freiheit [3]). Folglich muß natürlich dasjenige, was früher für das mannire galt, auch für das spätere bannire gelten, und umgekehrt. Ferner wird von demjenigen, welcher aufgefordert wird zu beweisen, daß Jemand sein Sklave ist, und welcher dreimal vorgeladen nicht er-

1) Vgl. auch Canciani III, Caro. Ma. capit. de parti. Saxo. c. 27. p. 69. si quis homo fidejussorem invenire non potuerit, res illius in forbanno mittantur, usque dum fidejussorem praesentet, „si vero super bannum in domum suam intrare praesumserit aut solidos decem aut unum bovem pro emendatione ipsius banni componat et unde debitor existit, persolvat“.

2) Canc. I. cap. Car. Mag. 779. c. 27. „si quis ad mallum legibus mannitus fuerit et non venerit, . . . si autem ad quartam venire contemserit possessio ejus in bannum mittatur“.

3) C. 77. „de mannitione vero nisi de ingenuitate aut de hereditate non sit opus observare, de ceteris vero causis per districtionem comitis ad mallum veniant“.

scheint, ausdrücklich bemerkt, daß er die Strafsumme des Banns an den Grafen zu zahlen hat [1]).

Die Erklärung des Banns hat den Erfolg, daß das Gut des ungehorsamen Verklagten vom Gericht in Beschlag genommen wird. Bleibt nun der Verklagte Jahr und Tag aus, so zieht der Staat das Gut ein, befriedigt den Kläger, theilt mit den Erben, wenn der Ungehorsame das Gut noch nicht vorher mit seinen Erben getheilt hatte, und behält den dem Verklagten noch zukommenden Antheil [2]).

Wagt der Verklagte, während seine Güter im Bann sind, diese ohne richterliche Erlaubniß zu betreten, so wird er fest genommen, und dem Kläger das Recht zuerkannt, den Beweis zu liefern, und der Verklagte hat dem Kläger die eingeklagten Gegenstände zu überliefern, beziehungsweise seine Forderung zu bezahlen, dem Richter dagegen die Strafgelder für seinen Ungehorsam, namentlich die Bannsumme zu entrichten. Diese Folgen des Banns und seine Ablösung laßen sich aber aus dem alten wiffare erklären.

Bereits zu den Zeiten der Volksrechte scheint es nemlich üblich gewesen zu sein, daß derjenige, der bei Klagen um Grundbesitz, trotz mehrmaliger Vorladung sich nicht stellte, wegen seines Ungehorsams von seinem Grundbesitz ausgeschloßen wurde, und wenn er solchen eigenmächtig betrat, in Gefangenschaft gerieth. Als Zeichen, daß ihm sein Haus, sein Grundbesitz verboten ist, wurde ein Kreuz an die Thüre seines Hauses oder an einer andern Stelle seines Grundbesitzes angeheftet; man nannte dieses Zeichen wiffa, und seine Anwendung scheint sehr alt gewesen zu sein [3]). Ein

1) Canc. I. Lotharii I. leges c. 76.

2) Canc. II. lex Sali. refor. tt. 11.

3) Lex Baj. tt. IX. c. 12. „qui autem signum, quod propter defensionem ponitur, aut injustum iter excludendum vel pascen-

Beispiel von der auch in späterer Zeit noch üblichen Anwendung des wiffare giebt eine Bestimmung von Lothar. Wenn nemlich die Zehntpflichtigen, trotz dreimaliger Aufforderung von der geistlichen Behörde und trotz einmaliger Aufforderung von den weltlichen Beamten, dennoch nicht den Zehnten leisten, so werden ihre Häuser so lang d. h. nöthigenfalls Jahr und Tag lang, mit einem Kreuz bezeichnet, bis daß sie zahlen.

Während des Ungehorsams besitzt die Behörde das Gut, der Ungehorsame dagegen hat zwar wohl noch seine juristische Gewere am Gut, aber er darf sich nicht eigenmächtig seines Gutes unterwinden. Dieses Zeichen nemlich an seinem Haus hat den Erfolg, daß der Ungehorsame, wenn er sein Haus betritt, gefangen genommen und vor Gericht gebracht wird, wo er nun Strafgelder an die weltlichen und geistlichen Behörden, so wie den Zehnten zu entrichten hat, dagegen seine Besitzungen wieder erhält [1]).

Aus dieser Anwendung des wiffare, ohne dasselbe speciell zu erklären, ergiebt sich, daß sein Gebrauch allgemein bekannt und üblich war, und man hätte sicherlich von ihm keine

---

dum vel campum defendendum vel applicandum *secundum morem antiquum*, quod signum wiffam vocamus abstulerit, vel injuste reciderit, cum unô solido componat".

1) Canciani I. Ludovici pii leges c. 34. Pertz. I. Hlothar. contt. Olon. c. 11. 825. „si iterum (die Zehntpflichtigen) contemptores extiterint, tunc per publicam auctoritatem domi vel casae eorum *wifentur*, quousque pro ipsa decima sicut supra dictum est satisfaciant. Quod si denuo rebelles vel contradictores fuerint et super ipsam wifam sua auctoritate intrare praesumpserit, tunc a ministris rei publicae in custodiam mittantur, usque dum ad judicium publicum perducantur et ibi secundum legem contra comitem vel partem publicam componant". Pertz. I. Capi. Longobar. 803. c. 19. Capitular. L. IV. c. 101. add. IV. c. 167.

Anwendung beim Zehnten gemacht, wenn dasselbe nicht auch bei Klagen um Grundbesitz üblich gewesen wäre.

Nach den Rechtsbüchern ist nun folgendermaßen zu unterscheiden:

a) Der Verzug bei dinglichen Klagen.

Geht die Klage direkt auf Grundbesitz, so hat der Kläger drei Termine, von je vierzehn Tagen, beim Lehn vor dem Kaiser von je sechs Wochen und drei Tagen, um sich gegen die Anklage zu vertheidigen[1]). Stellt sich der Verklagte nicht, so wird der Kläger in das Gut eingewiesen, sobald er die Wahrheit seiner Anklage beschworen hat, er bekommt die factische Gewere am Gut und mit ihr zugleich die vortheilhaftere Stellung des Beklagten und des factischen Besitzes, dem ungehorsamen Verklagten dagegen verbleibt die juristische Gewere, sowie das Recht, noch binnen Jahr und Tag sein Recht an der Sache zu erweisen[2]). Zwar könnte man nach den Worten des Kaiserrechts „er verliert sin eygen nach des kaisers satzunge"[3]) meinen, daß der ungehorsame Verklagte für immer sein Gut wegen seines Unge-

---

1) Sächs. Landr. I. 70. §. 1. I. 41. Schwäb. Landr. c. 275. 292. 371. Distinkt I. 32. 1. 2. III. 5. 4. Kaiserrecht II. 91. I. 15, „clagt man aber um ligende gut so sol der richter tag setzen uber vierzehn nacht, zu rechter tag zit daz ist biz an den mitten tag, un also nach einander drivierzehen nacht".
Hier und da werden auch viermals wiederholte Vorladungen gestattet. Richthofen, Schulzenrecht des Westerländischen Frieslands. §. 67.

2) Sächs. Landr. I. 70. 1. Distinkt I. 32. 1. 2., die 24 allgemeinen Landr. I. Sächs. Lehnr. 45. Vgl. auch Albrecht l. c. S. 40—41. Kaiserrecht II. 91. „daz ist auch recht, daz der richter sal den cleger heizzen sweren, daz er die ansprach durch das recht für, und wen recht sache zu haben, so er sich aller verste versinne, und daz ers nit entu durch kein arglist".

3) Kaiserrecht II. 91.

horsams verloren hat. Aber da das Kaiserrecht in Bezug auf die drei Termine von je vierzehn Tagen die Klagen um Erbe, Leib oder Gut gleichstellt[1]), so ist auch anzunehmen, daß derjenige, welcher wegen Versäumniß dieser drei Termine sein Gut verliert, gerade so wie der Verfestete behandelt wird. Und wie dieser letztere berechtigt ist, binnen Jahr und Tag nach der Verfestung sich aus dieser herausziehen und seine Ehre und sein Recht wieder herzustellen, so muß auch der Gutsberechtigte befugt sein, binnen Jahr und Tag das ihm wegen seines Ungehorsams entzogene Gut wieder in seine Gewalt und seinen Besitz zu bringen. Läßt er freilich Jahr und Tag vorübergehen, ohne sein Recht vorzubringen, so verliert er ebenso vollständig dieses Gut, wie der Verfestete vollständig Ehre und Recht verliert, wenn er Jahr und Tag vergehen läßt, ohne sich aus der Verfestung, aus der Acht zu befreien[2]).

Bei dem Anfang beweglicher Sachen erhält der Verklagte, wenn nicht die Sache sofort vor Gericht verhandelt wird, nur einen einzigen Termin. Erscheint er an diesem nicht, so führt der Kläger den Anfang vor Gericht aus, und der Verklagte hat für immer seine Ansprüche an der Sache verloren[3]).

In Bezug auf Zinsberechtigungen von Grundstücken, an denen der Berechtigte ein Eigenthum hat, übt auch hier die Zeit von Jahr und Tag einen mächtigen Einfluß aus,

---

1) Kaiserrecht l. c. „sint der keiser gesc. hat und gesatzt eim iglichem menschen sin erbe lib und gut zu verantwrten zu drien vierzehn nachten".

2) Vgl. auch Auctor. vetus de benef. II. §. 27 30.

3) Schott III. Freiberger Stadtrecht IX. Von dem Anvange „man rufe zu dinge, welchir dar kumit, der gewinnet, der dar nicht in kumit, der verlusit".

Nach manchen Rechten ist nemlich derjenige, dem sein Gutsherr das Gut wegen versäumter Zinsenzahlung eingezogen hat, berechtigt, noch binnen Jahr und Tag nach geschehener Einziehung das Gut wieder an sich zu bringen, indem er den Zins sowie sonstige Kosten aus der Versäumniß nachzahlt [1]).

Bei anderen Zinsverhältnissen dagegen wird das Gut dem Zinspflichtigen, sobald er den Zins nicht zahlt, obgleich er dreimal in Terminen von je vierzehn Tagen vorgeladen ist, sofort für immer entzogen [2]). Bei den sogenannten Prekarien, d. h. bei solchen Gütern, die Jemand der Kirche zum Eigenthum hingiebt, sich dagegen so wie gewöhnlich seinen Kindern ihre Nutznießung unter Leistung von Zinsen und unter einer allemal in fünf Jahren zu wiederholenden Genehmigung von Seiten der Kirche vorbehält, zieht die Nichtleistung nicht den sofortigen Verlust des Gutes nach sich, sondern der Zins steigt nur um das Doppelte, und erst dann, wenn mehrere Jahre, gewöhnlich drei, ohne Zinsenzahlung vorübergehen, wird das Gut eingezogen [3]).

Ueberhaupt ist die Steigerung des Zinses wegen verzögerter Zinszahlung häufig, er wächst bald um das Doppelte, bald steigt er in jeder Stunde, an jedem Tag, bald bleibt seine

---

1) Grimm I. Weisthum zu Obernrade 1452. S. 250. Weiher S. 586.

2) Pertz. I. Cap. Wormat. 829. c. 5. Kaiserrecht II. 99. 114. 115.

3) For. Goldast. f. 59. for. Lind. f. 19. 25. for. Surm. f. 38. vgl. auch Lex Wis. X. 1. 11. Als Zeichen der Einziehung wird mitunter in ähnlicher Weise wie bei wiffare zwar nicht ein Kreuz aber ein Pfal in das betreffende Grundstück eingeschlagen. Grimm W. I. Zimmersheim S. 664.

Steigerung bei einem bestimmten Tag stehen[1]). Die Steigerung geht jedoch nicht über den Werth des pflichtigen Grundstücks hinaus, und das Deutsche Zinsrecht von Gütern stimmt hier überein mit den römischen Bestimmungen über das ultra alterum tantum der Geldzinsen. Wie nach dem Römischen Recht bei dem beweglichen Kapital niemals deßen Zinsen seinen Werth übersteigen dürfen, so kann nach dem Deutschen Recht der Zins von Grund und Boden nicht deßen Werth überschreiten[2]). Beiden Grundsätzen liegt die natürliche, wohlbegründete Ansicht zu Grund, daß die Frucht einer Sache niemals diese selbst an Werth übertreffen könne, und daß es eine unnatürliche Verkennung der Verhältnisse wäre, eine Last stärker werden zu laßen als denjenigen Gegenstand, der die Last trägt. Dieser Anschauung entspricht auch, daß nach manchen Stadtrechten die Buße wegen Nichtzahlung der Buße nicht über deren Betrag anwachsen dürfe[3]), und daß keine Wette wegen Nichtzahlung der Wette gefordert wird[4]).

b) Der Verzug bei Forderungen aus Verträgen.

Wird eine Klage auf Geld, auf Fahrniß angestellt, so wird der Verklagte aufgefordert nach vierzehn Tagen vor Gericht zu erscheinen[5]). Die Stadtrechte, bei denen allmä-

---

1) Grimm I. Rheingauer Landr. §. 17. S. 540. Swindarzheim S. 740. for. Surm. f. 38. Sächs. Landr. I. 54. § 1. Schwäb. Landr. c. 84.

2) Schwäb. Landr. c. 84. Sach. I. 54. § 1. Grimm I. W. Zimmersheim S. 663.

3) Gengler Altenburg. Privileg. v. 1256. §. 10. „emenda super emendam non accrescet.

4) Schott l. Magdeb. Stadtr. Art. CIV. „Swenne ein Richter sin Gewette in gevorderet, so en mac hern vore daz uffe daz gewette nie hein gewette vorderen".

5) Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Kaiserr. I. 15. Heumann Bair. Landr. Art. I. 9. S. 56. 130, dieses läßt übrigens noch einen zweiten Termin zu.

lig das Geld gleichen Werth und gleiche gerichtliche Behandlung mit dem Grundbesitz erlangt, wiederholen vorzugsweise diesen Termin noch zweimal [1]). Man sieht, wie allmälig die individuelle Natur des einzelnen Gegenstands ihren individuellen Einfluß und ihre besondere Behandlungsweise im Proceß verliert. Ist der Schuldner erschienen und verurtheilt, so muß er binnen vierzehn Tagen zahlen, oder er wird gepfändet [2]). Erscheint der Verklagte nicht am ersten, beziehungsweise zweiten oder dritten Termin, so sind die Folgen dieses Verzugs folgende. Der Kläger erhält das Recht, seine Klage nöthigenfalls mit seinem bloßen Eid zu beweisen, auch braucht er bei Geldforderungen nicht den speciellen Grund seiner Forderungen anzuzeigen, was er auf Verlangen des Verklagten, wenn dieser gegenwärtig gewesen wäre, hätte thun müßen [3]). Bei überwiesenen oder angeerbten Forderungen genügt übrigens selbst für den anwesenden Kläger die Angabe dieser Ursache. Uebrigens ist nach dem Sachsenspiegel dann von Seiten des Klägers kein besonderer Beweis mehr nöthig, wenn der Verklagte sich erboten hat,

---

1) Kulmisch. R. III. 69. 72. Gengler Braunschweig. Privileg. v. 1314. §. 1. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 305. Bremer Ordnung 33. **Pufendorf II. app. p. 38. edict. Rotha. c. 249. 50.** Nach dem Recht von Diessenhofen wird sogar viermal der Schuldner vorgeladen. Handfeste v. 1260. §. 16. Ueber die Ausnahmen, wo sofort nach angestellter Klage gepfändet werden darf, Kulm. III. 24. Dist. III. 9. 1. III. 10. 6. Prager Statutarrecht l. c. Art. 119.

2) Sächs. Landr. II. 5. I. 53. 3. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 81. Heumann Bairisch. Landr. S. 130–131.

3) Heumann Bairisch. Landr. Art. I. S. 56. **„chumt der antwurtter nicht, so soll der ankläger sein clag und sein schulde, wie die genant ist behabt haben und soll mit seynem ayde bereden was der schulde sey".** Schwäb. Landr. c. 305. Kulm. R. III. 72. Sächs. Landr. III. 41. 4. Dist. III. 10. 1. Schott I. Magd. R. CII.

seine Nichtschuld zu beschwören, und er am festgesetzten Eidestermin ausbleibt[1]), oder sich zwar vor Gericht gegen die Klage vertheidigt, aber an dem zur weiteren Verhandlung festgesetzten Termin nicht erscheint[2]). Hat nun der Kläger seine Klage bewiesen, oder ist ein Beweis von seiner Seite nicht mehr verlangt worden, so hat dieses verschiedene Wirkungen, wenn der Verklagte nicht zahlt.

a) Das Gut des Verklagten wird gepfändet, beziehungsweise gefrohndet.

b) Der Verklagte unterliegt der Gefangennahme.

---

§. 14.

Fortsetzung.

a) Die Pfändung.

Die Pfändung als ein Exekutionsmittel gegen den säumigen, ungehorsamen Schuldner kommt bereits in den frühsten Zeiten vor[3]), und findet auch in den späteren Rechtsquellen häufig Anwendung[4]). Nach Wildas Ansicht soll der Gläubiger in den ältesten Zeiten bei allen Germanischen Völkern berechtigt gewesen sein, ohne

---

1) Sächs. Landr. II. 11. § 1. „sve so aver eide lovet vor scult unde ne lestet he ir nicht to rechter tiet, he is an der scult gewunnen".

2) Sächs. Landr. II. 9. 1. „sve so ok begint to antwerdene unde wirt im en ding geleget mit ordelen, ne kumt he nicht vore, he is in der klage gewunnen".

3) Lex Baj. tt. XII. edict. Rot. c. 249. 250. lex Burg. tt. 76.

4) Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Kaiser. I. 26. 31. 32. 33. Schw. Landr. v. Laßb. c. 102. Kulm. R. III. 105.

Richter seinen Schuldner zu pfänden, wenn dieser nach mehrmaliger Aufforderung zu zahlen, nicht zahlte[1]). Da in der allerältesten Zeit der Kläger selbst in eigener Person unter Zuziehung von Zeugen ohne Gerichtsperson den Gegner vor Gericht vorzuladen pflegte, so hat er auch wohl das Recht gehabt, ohne richterliche Erlaubniß den Schuldner zu pfänden, wenn er ihn mehrmals vergeblich verklagt hatte. Dagegen ist es wohl unrichtig, dem Gläubiger dieses Recht einzuräumen, wenn er, ohne zu klagen, den Schuldner zur Leistung aufgefordert hatte. Denn erst die Vorladung vor das Gericht, nicht die bloße Privataufforderung zu zahlen, bringt den Schuldner in strafbaren Verzug[2]). Uebrigens wurde selbst das eigenmächtige Pfändunsgrecht des Gläubigers, der geklagt hatte, sehr frühzeitig bei einzelnen Stämmen beschränkt[3]). Die Pfändung pflegte daher, da sie einen Eingriff in die Herrschaft, in die Were des Freien enthält, gewöhnlich unter Einwilligung oder Hinzuziehung des Gerichts zu erfolgen, denn das Gericht allein, von dem ja der Inhaber der Were seine Were ursprünglich herleitet, ist aus diesem Grund befugt, in die Were einzubringen[4]). Von dieser Regel findet jedoch zu Gunsten der

---

1) Wilda, Pfändungsr. S. 190—191. in d. Z. f. D. R. h. v. R. Bd. I.

2) Siehe §. 16. und 17.

3) Pertz. II. Chlodo. reg. capi. a. 500—11. c. 10. „si quis debitorem suum per ignorantiam sine judice pignorare praesumpserit, antequam eum neste canthe chigio hoc est accusante, et debitum perdat.“ edic. Rot. c. 253.

4) Lex Baj. tt. XII. c. 1. „pignorare nemini liceat nisi per jussionem judicis“, lex Burg. tt. XIX. c. 1. lex Wis. tt. V. IV. 1. Kaiserrecht I. c. 33. „der keiser hat virboten daz man nieman muwen sal mit gerichte um kein sache, man hab sio von erst

einheimischen Bürger dann öfters eine Ausnahme statt, wenn ein fremder Bürger ihr Schuldner ist, von dem zu befürchten steht, daß er sich nicht lange im Inland aufhält[1]). In den meisten Fällen dieser Art wird jedoch vorausgesetzt, daß die Gerichtsbehörde des Ausländers verweigert hat, den Klagen des Inländers Gehör zu geben[2]). Uebrigens konnten auch die Güter des Inländers in Beschlag genommen werden, ohne daß er vorher besonders verklagt worden ist, wenn er plötzlich wegen seiner Schulden flieht, und einige Zeit z. B. sechs Wochen wegbleibt[3]). Für solche Beschlagnahme wird zwar

---

gefordert an gerichte." Sint gescr. stet: man sal nieman dingstadeln wil er von erst recht tun an gerichte." Landshut. Rechtsbrief v. 1279 §. I. Diessenhofen, Handfeste von 1260 §. 16. Heumann, Ingolst. Stadtrecht §. 36. S. 153. Pertz. II. Friderici II. con. pac. a. 1235.

1) Gengler, Sanct Veit Rechtsbrief Herzogs Friedrich des Schönen 1308. §. 2. Freiburg. Stadtrecht v. 1120. §. 64. Nürnberg. Königsfeld. Rechtsbrief v. 1360 §. 5. Heumann, Ingolst. Stadtr. §. 36.

2) Gengler, Steyr. Rechtsbrief Herzogs Albrecht v. Oestreich 1278 §. 14. „deinde praesentibus duximus adjungendum, ut ad *instar aliarum civitatum* nostri dominii, cives ipsi hujusmodi libertate fruantur, quod per aliquem vel aliquos ipsi vel bona eorum usquam arrestari aut conveniri non debeant *nisi prius requisita de ipsi coram suo judice justitia fuerit denegata.*" Distinkt. II. 11. 1. u. 11. Königsfeld. Rechtbrief v. 1360. §. 5. Kaiserr. IV. 1. „der keyser hat sie (die Reichsstädte) auch eweclich gefriet, daz sie nieman mag geladen fur daz riche uz der stat, da sie inne sint geseszin oder anderswar nirgen die wile des riches burger rechtes wollen *gehorsam sin irm amptmanne.* So en sal *man anderswae keynen kamer an sy legin, weder an ir lyp noch an ir gut.*"

3) Gengler, Freiburg. Stadtrecht v. 1120. §. 35. Heumann l. c.

der Ausdruck pfänden gebraucht [1]), aber andere Ausdrücke, wie verbieten [2]), besetzen [3]), aufhalten [4]), niederlegen [5]) sind häufiger und zeigen an, daß hier keine wirkliche Pfändung im technischen Sinn, sondern nur eine Arrestnahme vorliegt, die den Zweck hat zu bewirken, daß der Schuldner sich vor Gericht stellt, beziehungsweise Zahlung leistet. Der Arrest hört auf, wenn der Schuldner den Gläubiger auf eine andere Weise sicherstellt, oder er verwandelt sich in eine wirkliche Pfändung, wenn die Gründe der Arrestanlage sich bestätigen [6]).

Ein wirkliches Pfändungsrecht ohne Hinzuziehung des Gerichts hat dagegen der Zinsherr wegen der vom Haus oder Gut nicht geleisteten Zinsen [7]). Dieses Recht ist in gewißer Weise ähnlich der Befugniß eines Gewersinhabers, fremde Thiere, die in seine Gewere eindringen, ohne Richter zu pfänden [8]), denn beide Pfändungsrechte ruhen auf der ihm am Grundstück zustehenden Gewere, folglich braucht auch kein Richter, der sonst gleichsam als Mitgewersmann bei Pfändung in oder an einer fremden Gewere hinzugezogen werden muß, hier zugegen zu sein. Auch darf der

---

S. 128. Schwäb. Landr. c. 393. Kulm. R. III. 102. 147. siehe auch Albrecht S. 138. No. 298.

1) Heumann, Bairisch. Landr. S. 127. 154.

2) Heumann Bair. Landr. S. 127. 154.

3) Distinkt. II. 11. 2.

4) Distinkt. II. 11. 11.

5) Heumann S. 131. auch Albrecht l. c. S. 137. N. 294.

6) Vergleiche über das Ganze noch Albrecht S. 137 – 141.

7) Gengler Braunschweig. Stadtr. aus d. 13. J. §. 31. Vergleiche darüber auch Wilda l. c. S. 209—214. Sächs. Landr. I. 54. 4. Dist. II. 4. 1. III. 14. 7.

8) Kulm. R. V. 26.

Wirth den Einliegern ohne Klage und ohne Richter ihre Habe pfänden, wenn er lange borgen muß, sobald er sogleich nach der Pfändung diese dem Gericht anzeigt [1]). Wenn Wilda aus kuntlicher Schuld ein Pfändungsrecht ohne richterliche Erlaubniß dem Gläubiger gestattet [2]), so scheint er übrigens die Natur der kuntlichen Schuld nicht vollständig zu übersehen. Kuntliche Schulden sind nemlich solche, wo der Schuldner in strafbaren Verzug verfällt, wenn er nicht zur rechten Zeit zahlt. Der Gläubiger hat nun zwar das Recht, den Schuldner zu pfänden, er hat aber ebensogut wie bei anderen Schulden, wo der Schuldner in strafbarem Verzug ist, weil er nach angestellter Klage und Verurtheilung nicht zahlt, zu der Pfändung die richterliche Einwilligung oder Zuziehung nöthig. — Die Pfändung selbst kann zunächst nur gegen den wirklichen Schuldner ausgeübt werden, doch findet von dieser Regel eine Ausnahme statt bei solchen Personen, die zum Hauptschuldner in einem sehr nahen Verhältniß stehen. Solche Personen sind der Bürge des Schuldners [3]), sein nächster Erbe [4]), die eignen Leute des Schuldners [5]), was jedoch auch öfters untersagt ist [6]), der Zinsmann des Schuldners jedoch nur so viel, als sein Zins beträgt, ausgenommen der Zins wird der Kirche geleistet [7]), der Gerichtsherr, der sich weigert im Interesse seines Dienstmannes, des Schuldners, dem Gläubiger Ge-

1) Dist. III. 16. 6.
2) l. c. S. 199—205.
3) Leg. Luitprant. VI. 55.
4) Edict. Rot. c. 251.
5) Gengler, Königsfeld. Rechtsbrief v. 1360. §. 4.
6) Frankfurt. Stadtr. 1297. §. 24.
7) Schwäb. Landr. c. 68.

rechtigkeit zu gewähren [1]). Diesen Ausnahmen, welche übrigens nicht überall anerkannt sind, entspricht denn auch auf der anderen Seite, daß die Leute, oder die Freunde des Zinsherrn berechtigt sind, wenn der Zinsherr abwesend ist, für ihn die Pfändung vorzunehmen, doch setzt dieses voraus, daß der Zinsherr in Gegenwart von Nachbarn vorher seine Freunde zu dieser Maßregel berechtigt hat.

Nach dem Longobardischen Recht ist der Bürge des Schuldners berechtigt, diesen letzteren zu pfänden, wenn der Bürge zahlen soll [2]). In Bezug auf die zu pfändenden Gegenstände finden sich bereits in den Volksrechten Bestimmungen, welche die Willkür des Gläubigers beschränken, die Selbständigkeit des Schuldners aber wahren sollen. Hauptsächlich ist die Pfändung solcher Gegenstände beschränkt, die höchst nothwendig zum Krieg oder zum Landbau sind. Nach dem Longobardischen Recht dürfen Roße und Stiere nur mit besonderer Einwilligung des Königs gepfändet werden [3]), so wie denn auch sonstige andere zur Agricultur und zum Lebensunterhalt nöthige Gegenstände, wie Schweine, Kühe, Schafe, nur im Nothfall der Pfändung unterliegen sollen [4]). Ferner sind Kleider und Hausgeräthe nur dann zu pfänden, wenn keine sonstige Sachen

1) Dist. III. 4. 12.

2) Luitp. V. c. 10. 11. „si quis alii homini wadiam dederit, et fidejussorem posuerit, et ipse fidejussor eum pignoraverit, et pignora ipsa ad creditorem ejus dederit, et postea ipse cujus pignora fuerint, per vim ea tulerit, componat ipsa pignora in octogild."

3) Edict. Rot. c. 253, 254. Canciani I. Loth. leg. c. 74. Pertz. I. const. Olon. 823. c. 13. lex Burg. tt. XVIII. ad prim.

4) Ed. Rot. 253. 254. lex Baj. tt. XII. c. 3. 4. 5. lex Alam. tt. 86. c. 1. 8.

vorhanden sind [1]), so wie denn überhaupt Kleider der Frau weder wegen ihrer eigenen noch viel weniger wegen Schulden ihres Mannes gepfändet werden dürfen [2]). Vor allen suchte man die Immobilien vor der Pfändung zu bewahren, und nur dann, wenn keine Mobilien vorhanden sind, werden auch sie gefrondet [3]). In einigen Städten freilich, wo bereits die Mobilie gleiche Stellung mit der Immobilie, dem ursprünglichen Träger und Grundstein alles Vermögens, errungen hat, wird zwischen beiden bei der Pfändung nicht unterschieden [4]). Auch soll in den meisten Fällen der Werth der gepfändeten Gegenstände nicht den Werth der Schuld oder der Strafsumme übersteigen, und die Pfandnehmer sind angewiesen, streng diese Regel zu beobachten [5]).

Auf der andern Seite werden aber auch die Gläubiger gegen den Betrug ihres Schuldners sicher gestellt. Dem Schuldner ist untersagt, seine Sachen einem Dritten zu überliefern, um sie der Pfändung zu entziehen [6]). Das Deutsche Recht bedurfte keiner Römischen actio Pauliana, um die Gläubiger zu sichern. Wer mit Wißen solche Ge-

---

1) Gengler, Münster. Stadtrecht §. 44, vergleiche auch Cancian. IV. leg. Aelf. c. 36. S. 245—46.

2) Dist. III. 4. 6.

3) Sächs. Landr. II. 41. Schwäb. Landr. v. Laßb. 206. Sächs. Weichb. Art. 54. Prager Statutarrecht 119.

4) Kulm. R. III. 71. 124. Gengler, Schwerin Stadtrecht aus d. 12. Jahrh. §. 23. auch Albrecht S. 45—46.

5) Lex Burg. tt. 76. c. 4.

6) Pertz. I. cap. gener. 825. c. 5. Canciani I. leg. Loth. p. 197. c. 25. „de liberis vero hominibus qui in alienam potestatem mobile suum transferunt, ut caussatores eorum pignorare eos non possunt, placet nobis, ut eorum res infiscentur, quousque venientes ad audiendam justitiam faciant.“

genstände annimmt, zahlt als Strafe den Werth der königlichen Bannsumme, und die empfangenen Gegenstände werden einstweilen dem Richter überliefert [1]). Auch ist der Gläubiger befugt, wenn der Schuldner zwar keine Sachen, aber Berechtigungen hat, z. B. das Recht Zinsen von einem Gut zu fordern, diese als Pfand sich übertragen zu laßen [2]), und hat der Schuldner bei Errichtung des Vertrags bei seinem Eigenthum gelobt, den Vertrag zu erfüllen, so ist der Gläubiger berechtigt, den späteren Verkauf eines Erbgutes des Schuldners als ungültig anzufechten [3]). Ferner steht dem Gläubiger das Recht zu, Sachen des Schuldners, die ein Dritter inne hat, zu pfänden, z. B. Sachen, die der Schuldner bei seinem Wirth zurückläßt [4]). Wert Jemand die Pfändung der Güter eines Gastes, und flieht er nach gegen ihn erhobener Anklage, so wird er geächtet [5]). Umgekehrt haften aber nicht Sachen, die dem Schuldner ein Dritter geliehen oder anvertraut hat [6]), oder Sachen, die der Schuldner zwar gekauft aber noch nicht bezahlt hat [7]). Diese Regeln sind ähnlich dem Grundsatz, daß ein Verbrecher, der fremdes Gut besitzt, dieses durch sein Verbrechen nicht verwirken kann [8]). Der Gläubiger, der durch die Pfändung seine

---

1) Cancian. I. leg. Long. lex Lot. c. 26. p. 197.

2) Kaiserr. II. 110. Gengler Paſſ. Rechtsbrief v. 1325. §. 2.

3) Kulm. R. IV. 93.

4) Diſt. III. 4. 5. Heumann, Bairiſch. Landr. S. 155. §. 42.

5) Diſt. III. 4. 15.

6) Kulm. R. V. 4.

7) Schwäb. Landr. c. 393. Albrecht l. c. S. 92. 93. Gengler, Paſſ. Rechtsbrief v. 1300. §. 37.

8) Sächſ. Landr. II. 31. §. 3.

Forderung noch nicht bezahlt und getilgt erhalten hat [1]), wenn gleich nach manchen Rechten der Schuldner befugt ist, die baare Zahlung der Schuldsumme und die Pfändung durch Lieferung von Sachen an Zahlungsstatt abzuwenden [2]) — denn das Deutsche Recht kennt so gut, wie das Römische, eine datio in solutum —, verfährt in folgender Weise mit den gepfändeten Mobilien. Der Gläubiger ist verpflichtet, während einer bestimmten Zeit, z. B. während sechs Wochen, während zwölf Tagen, gegen Stellung von sichern Bürgen die Pfandsache herauszugeben [3]). Nach dem Longobardischen Recht ist dieses sogar eine Pflicht des Schuldners, denn löst er sie durch Bürgen nicht ein in drei Tagen, so zahlt er drei Solidi, am fünften Tag sechs Solidi, am sechsten Tag sechs und dreißig Solidi Strafe [4]).

Werden vom Schuldner keine Bürgen gegeben, so sind die Folgen verschieden. Nach dem Longobardischen Recht nimmt der Gläubiger zur Strafe eine nochmalige Pfändung vor, so daß die gepfändeten Gegenstände dreimal an Werth die Schuldsumme betragen [5]). Nach andern Bestimmungen

---

1) Sächs. Landr. III. 40. §. 2. „sve so penninge oder silver gelden sal, but he dar wedde vore, he n'is dar mede nicht ledich."

2) Richthofen, Westerwolder Landrecht Kap. 12. §. 10. Grimm I. Grosskems 1384. S. 657.

3) Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Schwäb. Landr. c. 78. „swes der klager vor gerihte schuldic wirt, oder der uf den diu klage dâ gêt, da sullen sie beide bürgen umbe sezen, ob si niht guotes in dem gerihte habent, daz der klage wert ist." Luitp. V. c. 8. 9. VI. 75.

4) Edict. Rot. c. 255. Luitp. V. c. 7.

5) Luitp. VI. 55.

aber wird die Sache vom Gläubiger dreimal in je vierzehn Tagen vor Gericht ausgeboten, und dann dem Schuldner noch einmal besonders zur Einlösung angeboten [1]). Nach einigen Rechten wird übrigens dem Gläubiger das Recht eingeräumt, sofort nach der Pfändung die Sache zu veräußern, oder weiter zu verpfänden [2]). Diese Eigenthümlichkeit beruht aber auf dem besonderen Umstand, daß nach dem Kulmischen Recht der Schuldner nicht allein in drei Terminen von je vierzehn Tagen zur Vertheidigung vorgeladen wird, sondern daß sogar dann noch ein Termin von acht Tagen, einer von drei Tagen, einer von einem Tag verlaufen muß, ehe eine Pfändung erlaubt ist [3]). Ist der Gepfändete ein Fremder, so wird freilich weit rascher verfahren, und die Sache, wenn sie wegen Buße oder Wette gepfändet ist, sogleich verkauft oder versetzt [4]).

Meldet sich nun nach den sechs Wochen der Schuldner nicht, so ist der Pfänder, welcher während dieser Zeit nur die custodia nicht die Nutznießung an der Sache hatte [5]), berechtigt, das Pfandobject zu verkaufen oder wei-

---

1) Schott, Magd. R. Art. LXXIV. Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Dist. III. 14. 1. Capit. VII. 313. 299. Vergl. auch Luitp. VI. §. 55. Prager Statutarrecht l. c. Art. 119. „man sol die phant drei stund in dreien gehegten dingen aufbieten, die selben dem schuldiger dornoch anbieten."

2) Kulm. R. III. 105.

3) Kulm. R. III. 71. 72.

4) Schwäb. Landr. c. 81.

5) Vergl. Albrecht l. c. siehe jedoch Luitpr. VI. 55. 56. 57. Ueber die Leistung des Zufalls siehe §. 7.

6) Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Dist. III. 14. 1.

ter zu versetzen [1]). Sind übrigens die gepfändeten Gegenstände eßende Pfänder, so werden sie oft in kurzer Zeit nach der Pfändung z. B. in drei Tagen, verkauft [2]). Nach dem Longobardischen Recht wird der Pfänder sofort Eigenthümer [3]). Ist keine Gelegenheit da, die Sache günstig zu verkaufen oder zu versetzen, so wird die Sache nach einem vom Richter bestimmten Preis dem Gläubiger zugeschlagen. Ist die Kaufsumme oder der taxirte Werth nicht gleich dem Betrag der Schuldsumme, so wird der Schuldner von neuem gepfändet [4]), ausgenommen der Gläubiger hätte bei der ersten Pfändung sich ausdrücklich mit dem Werth der gepfändeten Gegenstände begnügt [5]). Nach manchen Rechten ist freilich ein solcher Fall unmöglich, da hier von Anfang an mehr gepfändet werden muß, als die Schuld beträgt [6]). Uebersteigt der Erlös des verkauften Pfandobjects den Werth der Schuldforderung, so wird gewöhnlich dieser Ueberschuß an den Schuldner überliefert [7]).

---

1) Sächs. Land. I. 70. §. 2. Dist. III. 14. 1. Kaiserr. I. 32.

2) Heumann, Bairisch. Landr. S. 115. Rößler, Prager Statutarrecht Art. 119. Schminke monumenta hassiaca B. II. S. 738—742.

3) Luitp. VI. 55. 56. 57.

4) Sächs. Landr. III. 70. §. 2. Kaiserr. I. 26.

5) Kaiserr. I. 26. „lezzet er (der Gläubiger) im aber *genugen*, als im der richter die phant gibit, sint sie dann wol erger er ist doch gewert. Sint gesc. stet: wer zu handeln icht habe, der warte daz er wislich tu, und daz er sich nicht vergezze.“

6) Z. B. nach dem Westerwolder Landrecht K. 12. §. 9. um den den dritten Theil mehr.

7) Sächs. Landr. I. 7. 2. Heumann, Bairisch. Landr. S. 116. Kaisern. I. 26. Dagegen Freiberger Recht I. 40. Schott III. S. 165—166.

Neben der Pfändung der Mobilien oder vielmehr in dem Fall, wo sie fehlen, werden auch die Immobilien gepfändet. Da aber die Immobilien vermöge ihrer Natur nicht vom Schuldner weggebracht werden können, so ist nicht, wie bei den Mobilien, nöthig, daß sie den Händen des Schuldners entzogen werden, sondern ein äußeres Zeichen genügt, um anzuzeigen, daß die Immobilie nicht mehr wie früher von der Willkür ihres Inhabers abhängt. Dieses Zeichen ist ein Kreuz oder ein Bund, der an das Haus des Schuldners geheftet wird. Dieser Akt, welcher sich an das ältere wiffare genau anschließt, heißt das Gut fronen, vertheilen [1]). Eine Art Fronung enthalten auch die Weisthümer. Nach dem Weisthum von Bischofsheim verschließt der Probst, dem ein Fronbepflichtiger nicht mähet, so lang deßen Haus, als bis er leistet [2]).

Beide Akte stehen in einem inneren Zusammenhang, bei dem wiffare ist derjenige, der dieses Zeichen nicht beachtet, ver-

---

1) Gengler, Braunschweig. Stadtrecht aus d. 13. Jahrh. §. 21. „swelich man deme andern sculdich is, he sal ime twe warve vorebedden, unn to deme dridden male mit weten; swe komet he nicht vore, he sal in ophalden mit gerichte, un sal ine vore bringen, of he ane were, is; hevet he de were man sal dat cruce dar opstecken.“

2) Grimm II. S. 38. „dat er des niht, so mach eyn probst das huss zusliessen und den slussel in sine tesche dun, biss uff die stont, das er betzalt wird.“ Sächs. Landr. II. 41. §. 1. „svar die richtere sin gewedde nicht ut panden ne mach up enes mannes egene, dat also klene gilt, dat sal die vrone bode vronen mit eme crüce, dat he up dat dor steken sal na scepenen ordele.“ Schwäb. Landr. c. 206. Sächs. Weichbild. Art. 54. Kulmisch. R. III. 109. 110.

pflichtet einen Solidus zu entrichten [1]), bei dem Fronen bezahlt der Schuldner sowohl für jede Betretung seines Grundstücks, als auch für jeden Ausgang aus demselben eine Strafe an den Richter [2]). Nach einigen Stadtrechten ist der Schuldner berechtigt zu verlangen, daß sein Gut gefrondet wird, während er doch Mobilien besitzt, die gepfändet werden können [3]), welches Vorrecht jedoch dann wegfällt, wenn die Schuldforderung eine qualificirte Klage ist, z. B. eine Klage auf Ersatz einer deponirten verlorenen Sache, eine Klage auf Kaufgeld, sogenanntes rede Geld [4]). Die Wirkungen der Fronung sind ferner, daß der Gläubiger eine juristische Gewere am Gut erhält, während dem Schuldner einstweilen der Besitz des Gutes verbleibt [5]). Nach einigen Rechten jedoch pflegt der Gläubiger um anzuzeigen, daß er ein Recht an dem Gut hat, drei Tage auf dem Gute zu

---

1) Lex Baj IX. 12

2) Schott I. Magdeburger Stadtrecht Art. XVII. Kulm. R. III. 109. „das so eynem manne syn gut gevronet wirt, alse dicke alse her us, unde yn geit alse dicke mus her deme richter wetten dy vrone.“ Weichbild Art. 54. Vergl. auch Albrecht S. 45.

3) Leibnitz script. rer. Bruns. III. p. 520. Albrecht S. 46—47.

4) Albrecht S. 47. über die Natur solcher qualificirten Forderungen siehe die Lehre von den Klagen §. 20.

5) Prager Statutarrecht l. c. Art. 119. „wirt aber ein recht zu unvarender habe geholfen umb schlechte schult und nicht umb bereit gelt, so sol der gelaubiger das haus oder erbe, das ym geantwurt wird und dem rechten, auch drei stund in dreien gehegten dingen aufbieten und lauthmeren (kund machen) und das denne jar und tag halden noch der stat recht also das der schuldiger *nicht dorff das haus oder erbe noch der* lauthmerungen zu hant, als geschriben ist, *raumen*, und auch der gelaubiger mag verkauffen.“ Vergl. auch Albrecht S. 45.

schlafen, zu eßen und zu trinken [1]. Der Schuldner ist nun befugt noch binnen Jahr und Tag sein Gut aus der Fronung zu befreien, gerade wie der Verfestete berechtigt ist, sich aus der Verfestung binnen Tag und Jahr zu ziehen [2]. Andere Stadtrechte dagegen, welche die Immobilie der Mobilie gleich achten, verfahren in Bezug auf die Zeit mit dem gefrondeten, unbeweglichen Gut gerade so wie mit den gepfändeten beweglichen Sachen, zumal dann, wenn die Forderung eine qualificirte ist. Der Gläubiger bietet nemlich dreimal vor Gericht in Terminen von je vierzehn Tagen das gepfändete Gut aus. Dann wird dasselbe dem Gläubiger überliefert, und ihm das Gut, wenn der Schuldner solches troz des Anerbietens vom Gläubiger nicht kaufen wollte, im vierten Gerichtstermin als volles Eigenthum zuerkannt [3].

---

1) Schott I. Magdeb. Recht Art. XVII. Kulm. R. III. 110. „wirt eynem manne syn gut gevronet myt rechte, das sal yener besitzen der is in dy vrone gebrocht hat myt der vrone dry tage und nacht. her sal dorynne essen und trinken und slofen in der vrone."

2) Sächs. Landr. I. 70. §. 2. Albrecht l. c. S. 53—55.

3) Kulmisch. R. III. 110. „wirt eynem manne syn gut gevronet myt rechte, das sal yener besitzen der is in dy vrone gebrocht hat mit der vrone dry tage und nacht . . . . dornoch sal her das gut uf byten tzu dryn dingen ymmir obir vyrtzeen tage. tzu dem virden dinge sal ym der richter vryde dorobir wirken; und sal is ym eygenen myt der scheppenen orteyl. vorkoufen mag her is denne mit wyssentschaft." Prager Statutarrecht l. c Art. 119. „von ersten vorwilkuret odir vorschreibeth sich ymand umb bereit gelde, bezallet er nicht auf den tag, als er sich vorscriben hat oder vorvilkuret hat, wirt zu seiner unvarender habe, einem hause oder erbe . . . . ein recht geholfen, denne so sol der, dem das recht geholfen ist vorden, die

Der Gläubiger ist nun berechtigt, das Gut, gerade so wie die gepfändete Mobilie zu verkaufen, und reicht das Kaufgeld nicht aus, so haftet ihm noch der frühere Eigenthümer des Gutes, während der letztere aber auch den Ueberschuß erhält, wenn die Kaufsumme den Betrag der Forderung übersteigt [1]). Ist die Schuldforderung keine qualificirte, so hat das Prager Statutarrecht das Verfahren bei gepfändeten Mobilien und bei gefrondeten Immobilien vereinigt. Der Gläubiger bietet nemlich die Sache dreimal vor Gericht aus in Terminen von je vierzehn Tagen, und dann besitzt der Schuldner das Gut noch Jahr und Tag, er darf aber dasselbe nicht verlaßen, der Gläubiger dasselbe nicht verkaufen [2]).

Noch ist die schwierige Frage zu beantworten, ob der Schuldner, deßen Sachen gepfändet oder gefrondet sind, weil er vor Gericht ausbleibt, noch das Recht hat, die Ungültigkeit der Forderungen seines Gläubigers zu beweisen, wenn er sich früher vor Gericht freiwillig einstellt, als die gepfändeten oder gefrondeten Sachen dem Gläubiger als Eigenthum zugesprochen werden. Nach dem Sächsischen Recht steht fest, daß der Schuldner, der sich vor Gericht ein-

---

selbe im antwortet, unvarunde habe zu dreyn malen in dreyen gehegten dingen aufbieten, und darnoch allererst sol im der schuldig oder erbe zu hant und nicht eer raumen. Noch dem sol auch der gelaubiger das haus oder erbe dem schuldiger anpieten mit der gewissen, das ist vor zwen schepfen oder genannten oder vor dem rat, ...so mag der gelaubiger das haus oder erbe vorkaufen mit der gewissen als vor ist begriffen."

1) Kulm. R. III. 110. „loufet ym denne icht oberyg, her sal is yeme wedir keren. gebricht ym abir, her vordire abir vorbas von rechte."

2) Prager Statutarrecht Art. 119.

stellt, noch berechtigt ist, sich zu vertheidigen, wenn gleich sein bloser Unschuldseid nicht genügt, zumal dann, wenn aus qualificirten Forderungen gegen ihn geklagt wurde [1]). Nach anderen Rechten dagegen scheint der Grundsatz gegolten zu haben, daß der Gläubiger wegen des Ungehorsams des Verklagten seine Forderung gewonnen hat, und daß der sich freiwillig stellende Schuldner von dem Vertheidigungsrecht ausgeschloßen ist [2]).

Weil aber das Kulmische Recht den Ausdruck, „der Kläger hat die Klage gewunnen", sowohl auf Klagen aus Schulden als aus Vergehen gleichmäßig anwendet, so muß dasjenige, was für den angeklagten Verbrecher gilt, auch für den angeklagten Schuldner gelten. Da nun der wegen eines Verbrechens Verfestete das Recht hat, sich aus der Verfestung zu ziehen, und seine Unschuld zu beweisen, so ist auch der wegen einer Schuld gepfändete befugt, wenn er das Pfand einlöst, die Richtigkeit der Forderung zu beweisen. Das Recht des Kaisers, der treu an dem uralten, tiefen Zusammenhang zwischen Person und Grund-

1) Sächs. Landr. I. 70. „man sal it (dat pant) halden ses weken unverdan *ne untredet* jene die scult dar binnen nicht."

2) Kulm. R. III. 72. „ouch lysse eyn man deme andirn das dyng gebiten und kundigen, und beschuldigete yn umme eynen valschen brif umme schult adir umme eynen vredebroch, und queme her tzu deme dynge tage nycht und vorantworte sich nicht, so hette der cleger dy sache do ym das ding umme gekundiget wer uf den man *behalden* und *gewunnen*." Rengler Braunschweig. Stadtr. aus d. 13. Jahrh. §. 31. „hevet he (der Verklagte) de were, man sal dat cruce dar opstecken, wante he vore kome unn rechtes plege, unn of he dan under deme cruce set vertein nacht, dat he nicht ne gilt, de andere hevet sine sult mide *erworven*."

besitz festhält, hat das unbewegliche Erbgut und die leibliche Persönlichkeit in Bezug auf die Zeit gleich- und zusammengestellt [1]), das Recht der Stadt, die freudig ihre Thore dem raschen und neuen Aufschwung des Geldes öffnet, gewährt gleiche Zeit und gleiche Stellung den Klagen um Friedensbruch und den Klagen um Geld [2]). Das Kaiserrecht, das sagt „derjenige, welcher auf erhobener Klage um Gut sechs Wochen und drei Tag stillschweigt, hat sein Eigen verloren [3]), giebt dennoch das Recht, das Gut binnen Jahr und Tag wieder zu erlangen, das Stadtrecht, das vom Kläger, dem der Verklagte um Schuld trotz mehrmaliger Vorladung ausbleibt, spricht, er hat die Schuld gewunnen, verleiht dem Verklagten noch die Befugniß, die Ungültigkeit der Forderung des Gläubigers nachzuweisen.

b. Neben der Pfändung oder dann, wenn sie nicht möglich ist, findet die Gefangennahme des Schuldners statt. Von dieser Gefangenschaft in Civilansprüchen ist jedoch die Gefangennahme wegen Verbrechen oder anderer Rechtswidrigkeiten zu unterscheiden, über die Folgendes gilt.

Der auf handhafter That ertappte Verbrecher darf ohne weitere Umstände verhaftet werden, so wie der verfestete Mißethäter selbst ohne handhafte That und sogar an gebundenen Tagen [4]). Ueberhaupt gilt als Regel, daß der offenkundige

---

1) Kaiserrecht II. 91. „sint der keyser gesc. hat und gesatzt eim iglichem menschen sin erbe lib und gut zu verantwrten zu drien vierzehn nachten.“

2) Kulm. R. III. 72.

3) Kaiserr. II. 91.

4) Sächs. Landr. III. 88. 2. 3. II. 10. 1. „den vorvesten man mut man wol bestedegen binnen gebundenen dagen.“ Gengler, Pass. Rechtsbrief v. 1225. §. 14. Eisenach. Rechtsbrief v. 1283. §. 8.

Verbrecher gefangen genommen werden darf [1]). Ein anderes Recht verlangt, daß in den Fällen, wo der angebliche Verbrecher gefangen wird, der Kläger wenigstens mit zwölf Zeugen das Vergehen erweist [2]). Dieses gilt hauptsächlich dann, wenn die Strafe des Verbrechens an Leib und Leben geht [3]). Auch darf der Ankläger dann seinen Gegner gefangen nehmen und ihn vor Gericht bringen, sobald der letztere für sein Erscheinen vor Gericht [4]) keinen Bürgen gestellt hat. Nach dem Sachsenspiegel hat der Fronbote bei einem Verbrechen sowohl den Kläger als den Verklagten in seine Gewalt zu nehmen, wenn beide weder Bürgen noch Grundbesitz haben.

Die Stadtrechte haben häufig die Gefangennahme der angeschuldigten Verbrecher nur wegen der schlimmsten Verbrechen, z. B. wegen Mord, zugelaßen [5]), oder überhaupt dieselbe ganz untersagt, sobald der angebliche Verbrecher Grundeigenthum besitzt [6]). Das Kaiserrecht dagegen verordnet, daß ein jeder gefangen werden soll, welcher augenscheinlich beabsichtigt, Böses zu thun [7]). Der gefangene

---

1) Richthofen, Westerwolder Landrecht c. 12. §. 11. Gengler, Main, Rechtsbrief v. 1332. §. 7. Sächs. Landr. II. 9. 3.

2) Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 59.

3) Das Drenther Landrecht §. 18 „enweer sake dat he syn lyff verboeret hadde, want soe machmen hem vangen.“

4) Sächs. Landr. III. 13. Schwäb. Landr. c. 221.

5) Gengler, Eger Rechtsbrief König Rudolfs 1279. §. 4.

6) Gengler, München. Rechtsbrief v. Herzog Rudolf 1294. §. 20. Paß. Rechtsbrief v. 1300. §. 5. §. 3. „Kümbt aber ain gesessner Burger in ain Intzicht aines todschlags und erpeutt sich der zu dem Rechten, den soll der Richter nicht aufhaben.“ Wien. Stadtbrief v. 1221. §. 21. Altdorf. Privileg v. 1256. §. 5. Eisenach. Rechtsbrief v. 1283. §. 5. 8. Kloster Neuburg Rechtsbrief v. 1298. §. 7. Landshut. Rechtsbrief v. 1279. §. 7.

7) Kaiserr. II. 19.

Verbrecher muß entweder sogleich oder höchstens nach Ablauf eines Tages oder einer Nacht vor das Gericht gebracht werden [1]). Erscheint aber der Kaiser an einem Ort, so sind alle Gefangenen vor sein Gericht zu führen [2]). Der Gefangennehmer darf nun bei Strafe den gefangenen Verbrecher nicht entfliehen laßen [3]), und kann er das Verbrechen nicht beweisen, so zahlt er Buße und Wette [4]). Uebrigens kommt die Gefangennahme auch als Strafe vor, z. B. gegen denjenigen, welcher trotz dreimaliger Abweisung einen ungerechten Proceß zu führen versucht, oder das Gericht verläßt, ehe ihm solches erlaubt ist [5]).

Das Recht aber in Civilsachen den Schuldner gefangen zu nehmen, setzt entweder voraus, daß er gegen das Gericht ungehorsam ist, oder daß er weder Bürgen findet, noch auch Vermögen besitzt um zu zahlen, und daher aus Zahlungsunfähigkeit dem Gericht nicht gehorcht [6]). Nach manchen Stadtrechten wird übrigens dann auch ein Ausländer gefangen genommen, wenn deßen Gerichtsbehörde Recht zu geben verweigert [7]). Und wie die Sachen von den Leuten des Schuldners hie und da für deßen Schulden gepfändet werden dürfen, so ist auch in einem solchen Fall

---

1) Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. 82. Dist. IV. 9. 7.

2) Sächs. Landr. III. 10. 3. Schwäb. Landr. c. 112. 134.

3) Richthofen, Langewolder Küren §. 21.

4) Kulm. R. III. 38. Ueber das Speciellere vergleiche man §. 18.

5) Kaiserr. I. 27. Schwäb. Landr. c. 337.

6) Cancian. IV. leg. Aeth. c. 32. Uebrigens wird nicht immer die dritte Vorladung abgewartet, sondern der Gläubiger ist öfters berechtigt bereits nach der zweiten Vorladung mit Hinzuziehung des Richters zu pfänden. Münster Stadtr. 1326. § 27.

7) Gengler, Steyr. Rechtsbrief v. 1278. §. 14.

eine Gefangennahme dieser Personen zuläßig [1]). Wie nun gegen den ungehorsamen Verbrecher die Verfestung ausgesprochen wird, so kommt der ungehorsame Schuldner in den Metebann [2]). Man nennt diesen Akt, durch den Jemand in den Metebann erklärt wird, nach andern Rechten den Schuldner in die Overhore kündigen. Diese Verkündigung erfolgt an öffentlicher Gerichtsstätte, während aber der Metebann nur dann eintrat, wenn keine Pfändung möglich ist, wird bei der Oberhore zugleich das Gut des ungehorsamen Schuldners gefrondet [3]). Sowohl das Magdeburgische als das Kulmische Stadtrecht geben übrigens außer den drei Terminen von je vierzehn Tagen dem Schuldner noch eine Frist von acht, von drei Tagen und von einem Tag, ehe sie den Metebann gegen den ungehorsamen Schuldner aussprechen [4]).

Der Metebann hat nun ähnliche Wirkungen, wie die Verfestung [5]). Der Schuldner ist rechtlos aber nicht echtlos, er kann verhaftet werden, wo man ihn erreichen

1) Grimm I. jura burgi de Chatelblanc p. 848. „si quis vero de burgensibus captus fuerit vel etiam arrestatus pro debito domini.“ Gengler, Nürnberg. Freiheitsbrief v. 1219. §. 17. „quicunque dominus aut alius debitor alicui Nurembergensi accommodata reddere noluerit, mansionarius illius aut mercator vel suus voctman erit pignus Nurembergensis.“

2) Kulmisch. R. III. 72. „hette her (der Schuldner) des eygens nicht in deme gerichte, so sulde man yn tun in eynen mytte ban. Schott I. Magdeburger Stadtrecht Art. 65.

3) Vergl. Albrecht von d. Gewere S. 44—45.

4) Kulm. R. III. 72. Magdeb. Stadtr. Art. Sächs. Weichb. Art. 91. gloss.

5) Nach den Distinkt. III. 15. 4. wird sogar der ungehorsame Schuldner, der mit seinen Gütern flieht, um nicht zu bezahlen, verfestet. Siehe auch Rößler, Prager Statutarrecht Art. 28.

kann, ohne daß das Gericht hinzugezogen zu werden braucht [1]). Wie der Verfestete, der in der Verfestung gefangen wird, nicht berechtigt ist die Anklage des Verbrechers durch seinen Eid abzuwehren, so ist der Metegebannte, wenn ihn der Kläger im Metebann aufgreift, nicht befugt in dieser Weise die Schuldforderung abzuweisen [2]), sobald der Kläger seinen Beweis erbracht hat. Wie Niemand ferner einen Verfesteten bei Strafe bei sich aufnehmen darf, so ist auch jedem bei Strafe untersagt, einen Metegebannten zu beherbergen [3]).

Das Recht, den Schuldner gefangen zu nehmen, der zwar vor Gericht erscheint, aber zur Zahlung verurtheilt nicht zahlt, stammt von der alten Sitte her, daß der arme Schuldner an Zahlungsstatt seine eigene Person dem Berechtigten überliefert, und nun entweder auf immer dem Gläubiger dient, oder nur so lang, als bis er die Schuld abverdient hat [4]). Die Gefangennahme des Schuldners ist gewöhnlich nur dann erlaubt, wenn der Kläger vollständigen Beweis erbrachte, und das Gericht den Schuldner verurtheilt hat [5]). Hie und da

1) Grimm R. A. S. 733. Sächs. Weichbr. Art. 91. Kulm. R. III. 72. „wo yn denne der cleger anqueme, der mag yn wol ufhalden und hyndirn ane gerichte vor dy sache dy her in gehegetem dinge uf yn gewunnen hat, und her en mag is nycht unschuldig werden.“ Magdeb. Stadtr. Art. 65.

2) Kulm. R. III. 72.

3) Kulm. R. III. 71. 72 Magdeb. Stadtr. Art. 65.

4) Lex Wis. IX. 1. 2. Capitul. L. III. c. 65. c. 67. IV. 14. appendix secund. ad. Capt. L. IV. c. 29. Pertz. I. const. Olonn. 823. capitul. tert. c. 4. Marc. for. II. 28. appendix f. 16. form. Surmon. f. 10.

5) Gengler, Lechnich. Rechtsbrief v. 1279. §. 23. Magdeburg. Stadtr. Art. 99. Dist. III. 10. 6. „wer uf den andern schult

ist jedoch dem Gläubiger die Gefangennahme des Schuldners sehr erleichtert, z. B. nach dem Stadtrecht von Speier ist der Gläubiger berechtigt, den Schuldner, den er nicht vorher zur Zahlung aufgefordert zu haben braucht, wegen der Zahlung vor Gericht zu beklagen und ihn als Gefangenen mit sich zu nehmen, wenn der Schuldner nicht im Stande ist mit dem Zeugniß von sieben Personen die Ungültigkeit der Forderung zu beweisen [1]).

Wie nun die Pfändung von Sachen gewöhnlich unter Zuziehung des Richters erfolgen muß, so auch ist dieses nöthig bei der Gefangennahme des Schuldners, und nur dann darf der Gläubiger mit Hinzuziehung von Nachbarn den Schuldner gefangen nehmen, wenn im Augenblick keine Gerichtsperson zu bekommen ist, und der Schuldner Anstalten macht zu entfliehen [2]). Der Schuldner wird gewöhnlich dem Gläubiger überliefert [3]), jedoch kann er auch vom Richter als Gefan-

---

gewinnet vor gerihte, dy also gebort, daz sy eyner zcu den heyligen mus behalden adder mit geczuge vor dy shult mag her keynen ufschub nicht gehaben, wen he sal sy an der stenden stad beczalen, adder man sal ome jenen antwerte mit der *hand* vor *dy schult.*"

1) Pertz. II. curia Wormatiens. 1231. p. 280. „si quis alicui laicorum in minima denariorum quantitate solvere tenebatur, creditor debitorem nulla vel modica monitione premissa, coram officiali sculteto traxit in causam conquerens . . . pecunie sic debite solutionem neglexisse; a cujus instantia judicii, reus nequaquam potuit absolvi, nisi ad minus per septem testimonia personarum, quas si reus ad expurgationem objectorum non poterat producere, scultetus ipsum reum actori ad solvendum deducta in judicium condemnavit."

3) Schwäb. Landr. c. 316. Kulmisch R. III. 135. Gengler, Braunschweig. Stadtrecht aus dem 13. Jahrh. §. 16. Salzwedel Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 14.

gener behalten werden [1]). Uebrigens gilt als Regel, daß der Schuldner keinem Gläubiger als Gefangener überantwortet wird, der außerhalb des Gerichtes seinen Wohnsitz hat [2]).

Die Art und Weise, wie der Gläubiger seinen gefangenen Schuldner zu behandeln hat, ist folgende. Der gefangene Schuldner dient ihm gleichsam als Pfand [3]). Der Schuldner ist berechtigt durch Stellung von Bürgen sich aus der Gefangenschaft zu ziehen [4]), ganz in derselben Weise wie er berechtigt ist, die ihm gepfändeten Sachen aus der Pfändung durch Bürgschaft zu erlösen. Auch hört die Gefangenschaft auf, wenn der Schuldner im Stand ist, für seine Person wirkliche Sachen zum Pfand zu geben [5]), und wie durch Zurückgabe des Pfandes nicht die Schuld getilgt ist, so auch bleibt der Schuldner noch Schuldner, wenn ihn der Gläubiger aus der Gefangenschaft entläßt [6]).

Während der Gefangenschaft hat der Gläubiger den Schuldner in Bezug auf deßen Unterhalt und deßen Arbeit gerade so zu behandelen, wie er gegen seine Dienstleute verfährt. Der Gläubiger hat ihm Waßer und Brod zu reichen, so wie für deßen Gesundheit zu sorgen [7]). Ist

---

1) Gengler, Freiburger Stadtrecht v. 1120. §. 30.

2) Schwäb. Landr. c. 248. Dist. III. 9. 5.

3) Lex Baj. III. c. 9. Kulm. R. III. 135. „er . . . mag yn (den Schuldner) furen in syn beheltnysse und yn halden alse eyn phant dy wyle her nicht vorgilt." Gengler, Nürnberg. Freiheitsbrief v. 1313.

4) Sächs. Landr. III. 39. 1.

5) Gengler, Landshut. Rechtsbrief v. 1279. §. 17. Schott, Magdeb. Recht Art. 65.

6) Sächs. Landr. III. 59. §. 2. Dist. III. 19. 3.

7) Kaiserr. I. 25. „der (Gläubiger) sal in halden dez libes

Jemand in einem öffentlichen Gefängniß, so müßen ihn, wenn er dürftig ist, seine Verwandten unterhalten, nöthigenfalls die öffentliche Behörde [1]). Auch darf der Gläubiger nicht verhindern, daß die Verwandten des Schuldners ihm beßere Speisen bringen und ihn besuchen, jedoch sind sie bei Ausübung dieses Rechts verpflichtet, den Gefangenen nicht zur Flucht zu verlocken [2]). Der Schuldner darf zwar gefesselt werden, ohne jedoch daß man gegen ihn übermütig verfährt [3]). Der Gläubiger ist verpflichtet für den gefangenen Schuldner zu antworten, wenn gegen diesen deßen Herr, Familie oder Verwandte klagen [4]), so wie auch ihn alle vierzehn Tage vor Gericht zu bringen, damit der Schuldner freie Gelegenheit hat sich zu beschweren [5]). Nach anderen Rechten dagegen braucht der Gläubiger, wie er die bewegliche Pfandsache nur dreimal in drei Terminen vor Gericht aufzubieten hat, so auch den Gefangenen, den Stellvertreter der Pfandsache, nur dreimal in je vierzehn Tagen vor Gericht zu bringen, und kann dann mit dem Schuld-

---

unverdarbet und ungeturnit und ungeblochet, un sal im geben wazzers un brotes, was er verzern mag." Sächs. Landr. III. 39. 1.

1) Cancian. IV. leg. Ang. leg. Alfr. c. 11. 247. Schwäb. Landr. c. 287. c. 317.

2) Dist. III. 9. 3.

3) Sächs. Landr. III. 39. 1. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 352. Dist. III. 4. 1. Gengler, Eisenach. Rechtsbrief v. 1283. §. 32. Lappenberg, Hamburg. Rechtsalterthümer B. 1. Hamburg. Stadtr. 1270 IX. 1.

4) Schwäb. Landr. c. 315.

5) Kaiserr. I. 25.

ner verfahren, wie es sein Vortheil verlangt [1]). Der Schuldner bleibt nun so lange gefangen, als bis er seine Schuld abverdient hat, oder bis ihn ein Dritter durch Zahlung der Schuldsumme erlöst [2]), und stirbt er, so hat der Gläubiger ebensowenig eine Verpflichtung für diesen Zufall einzustehen, als wie in dem Fall, wo das gepfändete Thier eines gemeinen Todes stirbt [3]).

Frauen dürfen übrigens dann nicht verhaftet werden, wenn sie ihre vollständige Armut beschwören, und fehlt dieser Eid, so müßen die Weiber von den Männern getrennt in offenen Zimmern gehalten werden, damit ihnen nichts Unsittliches widerfährt [4]).

---

1) Gengler, Salzwedel. Stadtrecht aus d. 15. Jahrh. §. 32. Rößler, Prager Statutarrecht Art. 68.

2) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 375. I. Schwäb. Landr. v. Wack. c. 316.

3) Prager Statutarr. Art. 68.

4) Dist. III. 9. 6. „ist eyn fruwe adder jungfruwe, adder mayt schuldig, unde man dy schult zcu or bracht had vor gerichte, und das erczugen mac mit gerihte, findet man by or nicht, do man von gehelffen kan, so mag man sy antwerten hen by der hant also eynen man, und behalden als einen man. man sal sy abir behalden in uffen gemachen und nicht in beslossen, unde sal sy an oren eren bewarn."

§. 15.

Fortsetzung.

B. Der Verzug des Klagberechtigten.

Während in den Fällen, wo der um schwerer Vergehen Angeklagte wegen seines Ungehorsams, der eine Verachtung des gesammten ihm als Volksgenoßen zustehenden Rechts, eine Verhöhnung der rechtlichen vom Herrscher und Volk ausgegangenen Hauptgrundsätze enthält, mit Grund seine gesammte Rechtspersönlichkeit einbüßt, ist es folgerichtig und zugleich ein die individuelle Natur des Deutschen Rechts charakterisirender Zug, daß je nach den verschiedenen Rechtsverhältnissen, in denen der Verzug, die Verschweigung stattfindet, der Verzögernde, Verschweigende gerade das einbüßt, in dem sich sein Recht, aber auch seine Verpflichtung zeigt. Die rechte Gewere, die voraussetzt, daß der Berechtigte Jahr und Tag schweigt, steht nicht für sich allein da, sondern sie ist ein Glied eines vielgliedrigen, aber zusammenhängenden Ganzen.

Als allgemeiner Grundsatz gilt überhaupt für jeden Berechtigten, daß wenn er zu Handlungen stillschweigt, die in seiner Gegenwart vor Gericht erfolgen, und in irgend welcher Weise seine Berechtigung verletzen oder nicht anerkennen, er durch sein Stillschweigen diese Handlungen billigt, und ihre Wirkungen für seine Person und für sein Recht anerkennen und gelten laßen muß. Dieser Grundsatz ist keineswegs mit der Römischen, bekanntlich nur unter großen Einschränkungen geltenden Regel „qui tacet, consentit“, gleichbedeutend, sondern von weiterem Umfang. Bei der regen und lebendigen Theilnahme der vor Gericht gegenwärtigen Volksgenoßen, die gleichsam selbst Mitrichter

und Mitschöffen sind, wird mit Recht gefordert, daß derjenige, der vor Gericht stillschweigt zu Handlungen, die vor seinen Augen erfolgen, später auch Stillschweigen bewahren muß, zumal dann, wenn etwa vom Gericht eine besondere Aufforderung erfolgt, Gegenansprüche zu erheben. Dieser Grundsatz gilt vorzugsweise bei den den Grundbesitz berührenden Handlungen, z. B. bei Uebertragung oder Verpfändung des Grundeigenthums [1]). Jedoch kommt hier öfters als eine besondere Begünstigung vor, daß der Schweigende noch drei Tage lang nach seinem Schweigen berechtigt ist, seine Ansprüche zu erheben [2]), welche Begünstigung sich in gewißer Weise beim Näherecht wiederholt, wenn dorten verlangt wird, der Verkäufer habe seinen Verwandten die Sache drei Tage lang vor Gericht zum Kauf anzubieten [3]). Ferner geht durch Stillschweigen das Recht verloren ein Urtheil zu schelten, wenn man solches ohne Widerspruch anhört [4]), ferner das Recht einen Zeugen zu

---

1) Grimm I. leges et statuta familia s. petri 1024. §. 6. „si quis praedium vel hereditatem suam infra familiam vendiderit . . . . postea jure carebit.“ Dist. I. 31. Dist. I. „hort gemeyne alle dingphlichtigen, dy zcu gerichte gehorn N. had vorkouft daz erbe eygen adder huss, adder hoff adder waz daz ist, unde had ome daz ufgelassen mit finger unde mit munde, unde had on hy dez gewert also recht ist . . . . . had ymant doruf zcu sprechene waz, de da lute *sine ansproche adder swigestille.*“ Dist. I. 32. 2. I. 46. 4. 12. Sächs. Landr. I. 17. Schwäb. Landr. c. 61. Sächs. Landr. II. 6. 4. Sächs. Weichbildrecht Art. 29. Schwäb. Lehnrecht 85. Michelsen, der ehemalige Oberhof zu Lübeck. Urtheil v. 1488. S. 179. Albrecht l. c. S. 110. Richthofen, Westerwolder Landrecht c. 2. §. 1.

2) Albrecht l. c. S. 75—78.

3) Richthofen, die Willküren der fünf Deele §. 30.

4) Sächs. Landr. II. 6. 4. „svelke gave die man siut oder

verwerfen, sobald man ihn annimmt, ohne gegen ihn Einsprache zu erheben [1]). Ja es scheint sogar, wenigstens bei beweglichen Sachen [2]), nicht immer nöthig gewesen zu sein, daß die Handlung vor Gericht erfolgt, giebt z. B. Jemand eine fremde Sache als Pfand in Gegenwart des Eigenthümers, ohne daß dieser widerspricht, so ist die Verpfändung anerkannt [3]).

Das Stillschweigen des Klagberechtigten hat ähnliche Wirkungen, wie das des anwesenden Verklagten vor Gericht. Und wie im ersteren Fall der Verklagte, der von dem früher vor Gericht stillgeschwiegen habenden Klagberechtigten plötzlich belangt wird, die stillschweigende Anerkennung des Klägers durch das Gericht beweist, wo der letztere früher stillschwieg, so beweist im letzteren Fall der Kläger den Ungehorsam des stillschweigenden dagewesenen Verklagten durch das Gericht, wo er seinen Ungehorsam an den Tag legte [4]).

Der Verzug des Klagberechtigten kommt nurvor:

I. Bei dinglichen Ansprüchen, namentlich bei den auf Grundstücke.

Der Verzug hat sich zunächst an den Grundstücken entwickelt. Denn die Verschweigung entstand ja zuerst da, wo in Gegenwart eines Berechtigten vor Gericht Immobilien übertragen wurden. Zwar kommt sie frühzeitig nicht allein dann vor, wenn ein Grundstück durch gerichtliche

---

svelk ordel die man vinden hort, ne weder redet he des tohant nicht dar na mach he's nicht weder reden.“

1) Dist. IV. 47. 14.

2) Vergl. Kulm. R. IV. 109.

3) Gengler, Freiburg. Stadtrecht aus d. 13. Jahrh. §. 31. „si quis res alterius in vadio exponat, praesente possessore nec contradicente, postea contradicere non poterat.“

4) Schott III. Freiberger Stadtrecht Art. XIII.

Auflaßung übertragen oder durch gerichtliches Urtheil in irgend einer juristischen Beziehung zuerkannt wird, sondern auch da, wo durch Erbfolge ein Erbgut frei wird. Aber hier ist wohl zu überlegen, daß das Erbgut doch ursprünglich durch einen gerichtlichen Akt in die Familie gekommen ist, oder daß dasselbe von der Obrigkeit oder von dem Richter an sich genommen wird, wo dann ja ebenfalls eine öffentliche Handlung vorgeht [1]). Von demjenigen, der sich an seinem Gut verschweigt, wird präsumirt, daß er sich innerhalb des Gerichtsbezirks befand, und daß er demnach den gerichtlichen Akt, der innerhalb seines Gerichtsbezirks erfolgte, habe wißen müßen. Einige Rechte verlangen jedoch, daß der Berechtigte den Akt erfährt [2]). Die Zeit der Verschweigung an Grundstücken hängt nun innig zusammen mit der Zeit für die Verfestung und Acht, und ich darf vielleicht hoffen, den Grund, den Albrecht für die Cumilirung der drei gebotenen und drei ungebotenen Dinge bei der Verschweigung aufzufinden verzichtete [3]), hier aufzuhellen.

Unverletzlichkeit des Grundeigenthums und der Person sind innig miteinander verbunden, und nicht ohne tieferen Grund wird so häufig erwähnt, daß über Leben, Ehre und Grundeigenthum in ein und demselben hohen Gericht gerichtet werden soll [4]). Wie bei der Verfestung und Acht

---

1) Ueber die einzelnen Fälle siehe weiter unten.

2) Grimm W. I. **Leg. et sta. fam. Pet.** §. 6. „**si quis praedium vel hereditatem suam infra familiam vendiderit et si aliquis heredum absens est (qui) postea** ***resciverit*** **et si infra spatium illius anni hoc** ***reticuerit***, **postea jure carebit.**“ Vergl. auch §. 17. am Ende.

3) Albrecht l. c. S. 116.

4) Sächs. Landr. I. 59. 1.

einer Person, um sie durch die Oberacht aus der Volksgenoßenschaft und Angehörigkeit auszustoßen, ein Jahr, sechs Wochen und drei Tage verlaufen sein müßen, ohne daß der Verfestete freiwillig vor Gericht erschien und seine Vertheidigung versuchte, so auch ist bei der Berechtigung an einem Grundstück, um dem Berechtigten sein Recht zu nehmen, nöthig, daß er ebenfalls Jahr und Tag schwieg, während ein Dritter kraft eines gerichtlichen Titels das Gut innerhalb dieser Zeit besitzt. Die Erklärung der Oberacht bei Personen wird vertreten bei den Grundstücken durch die Erklärung, in Folge deßen der neue Inhaber das Gut Jahr und Tag besaß. Die Zeit der Verfestung gilt für ihren Gerichtssprengel, wo sie ausgesprochen ist, die Zeit der Verschweigung läuft nur für das bestimmte Gut, das in einem bestimmten einzelnen Gerichtsbezirk liegt. Das Grundeigenthum haftet am Boden und an seinem Gerichtsort, die lebendige bewegliche Persönlichkeit dagegen muß durch die Reichsacht allgemein für das ganze Reich verfestet werden. Allerdings streitet gegen diese Zusammenstellung, daß die Verfestung erst dann erfolgt, wenn dreimal der Verklagte vergebens vorgeladen ist, während die Verschweigung am Grundstück sofort mit der gerichtlichen Erklärung läuft. Aber wohl nicht umsonst müßen dreißig Tage verlaufen sein, ehe sich Jemand eines Erbguts nach dem Tod des Erblaßers bemächtigen kann[1]), nicht umsonst wird dreimal der Gottes- und Gerichtsfriede bei der gerichlichen Auflaßung vom Richter oder Fronboten über das Grundstück ausgesprochen[2]). Diese dreimal wiederholte

---

1) Sächs. Landr. I. 28 Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 274.

2) Dist. I. 31. 2.

Feierlichkeit vertritt die Stelle der bei der Verfestung dreimal wiederholten vergeblichen Vorladung[1]). Die Acht führt zum vollständigen Verlust aller Persönlichkeit, sobald das vierte echte Ding die Volksgenoßen versammelt, ein volles Jahr wird dem Volksgenoßen gelaßen, um seine Freiheit und sein Leben zu vertheidigen, aber der vierte echte Dingstag darf ihn nicht noch widerspenstig finden. Ebenso hat der dinglich Berechtigte sein Recht am Grundstück vor der vierten allgemeinen feierlichen Gerichtsversammlung geltend zu machen. Beide, der Verfestete und der dinglich Berechtigte, haben, nach Ablauf des einen Jahres, von der Zeit des neuen Jahres noch zwölf Wochen und sechs Tage Zeit übrig, um sich vor Gericht auszusprechen. Denn die sechs Wochen und drei Tage, welche ablaufen müßen, ehe die Verfestung eintritt und die bei der Verschweigung des dinglichen Rechts, bei der gerichtlichen Auflaßung, durch die dreimal wiederholte Friedenserklärung ersetzt werden, hat man der Zeit von einem Jahr, sechs Wochen und drei Tagen hinzuzuzählen. Zu dieser Zeit, die im Ganzen ein Jahr zwölf Wochen und sechs Tage ausmacht, darf man aber nicht noch die folgenden sechs Wochen und drei Tage hinzunehmen, weil man sonst nach Analogie der bereits zweimal gestattettn sechs Wochen und drei Tage dem Verfesteten und dinglich Berechtigten die Befugniß hätte einräumen müßen, noch am letzten Tag dieser sechs Wochen und drei Tage ihre Ansprüche vorzubringen. Dieser letzte Tag fällt aber mit dem Tag des ersten echten Dings im neuen Jahr zusammen. Denn es werden in einem Jahre drei echte Dinge gehalten und zwar so, daß die Zeit bis zu einem echten Ding achtzehn Wochen und neun Tage, d. h. also

---

1) Vergl Kaiserrecht II. 109.

drei Termine von sechs Wochen und drei Tagen in sich faßt.

Noch an dem vierten echten Dingstag den Säumigen zuzulaßen, das konnten Herrscher und Volk nicht dulden, die wahrlich hinreichende Zeit, ein ganzes Jahr, zwölf Wochen und sechs Tage, dem Berechtigten zur Schützung und Geltendmachung seiner Rechte gelaßen hatten. —

Die Hauptfälle, bei denen nun die Verschweigung eines dinglichen Rechts, namentlich an Immobilien einzutreten pflegt, sind folgende:

1) Die Verschweigung bei Erbgütern. Diese ist unstreitig die älteste Art der Verschweigung und kann in verschiedner Weise vorkommen. Der am Erbgut Berechtigte schweigt Jahr und Tag zu einer gerichtlichen Veräußerung seines Erbgutes [1]). Der Erbe ist als Mitglied seiner Familie zugleich berechtigt aber zugleich auch im Interesse seines Geschlechtes verpflichtet, das Gut nicht aus dem Kreise der Familie in die Hände Dritter oder nur entfernterer Verwandten kommen zu laßen. Bei der Oberacht verschweigt sich der Geächtete an dem ihm durch seine Abstammung angeborenen Recht der Volksgenoßenschaft, bei der Verschweigung am Erbgut verschweigt sich der Erbberechtigte an dem ihm durch seine Abkunft angeerbten Grundbesitz. Als eine Unterabtheilung der Verschweigung am Erbgut erscheint die Verschweigung des Näherechts, wo ja auch dasselbe Recht und dieselbe Pflicht des Erben vorliegen [2]).

Mit der Verschweigung am Erbgut steht in Verbindung der Fall, wo der Vasall beim Tod des Lehnsherrn, oder der

---

1) Sächs. Landr. V. 52. §. 2. Böhme, diplomatische Beiträge VI. S. 145. Kulmisches Recht IV. 10.

2) Westergoer Willküren §. 30.

Nachfolger ins Lehn beim Tod seines Vorgängers unterläßt binnen Jahr und Tag die Lehnsmutung vom Lehnsherrn zu fordern. Der Vasall ist hier zur Lehnsmutung sowohl berechtigt als verpflichtet [1]). Unterläßt er während Jahr und Tag sein Recht auszuüben, seiner Pflicht nachzukommen, so hat der Lehnsherr das Recht das Lehngut einzuziehen. Eine bekannte Streitfrage ist hier die, ob der Vasall schon das Lehngut einbüßt, wenn er aus Nachläßigkeit nicht aus Arglist unterläßt um Belehnung zu bitten, welche Streitfrage zunächst nach den bestimmten gesetzlichen Verordnungen und ferner nach den Grundsätzen der Verschweigung zu entscheiden ist.

Eine Verordnung von Konrad III. sagt ganz allgemein, ohne zwischen dolus und negligentia zu unterscheiden, daß der Vasall, der nach dem Tod des Lehnsherrn und des früheren Vasallen nicht binnen Jahr und Tag um Belehnung bittet, das Lehn verliert [2]). Dagegen scheint allerdings die Verordnung von Lothar, „daß der Vasall, wenn er nicht dolose Jahr und Tag um Belehnung zu bitten verzögert hat, das Lehn behalten soll", für die Ansicht zu sprechen, daß das bloße Zögern aus Nachlässigkeit nicht den Verlust des Lehns herbeiführt. Aber diese für den Vasallen günstigere Ansicht wird durch die nachfolgende Erklärung von dolus sehr beschränkt. Dolus ist nemlich dann nicht vorhanden, wenn eine begründete Ursache der Verzögerung

---

1) Lib. Feudo. I. 22. II. 24. II. 6. II. 55. Sächs. Lehnrecht 22. Schwäb. Lehnrecht 17. 2. Sächs. Landr. 2. 28. Kaiserrecht III. 30.

2) Pertz. II. Chuonradi III. capit. de benef. 1037. lib. Feudor. II. c. 40.

vorliegt [1]). Da nun die blose Nachlässigkeit keinen gerechten Grund der Verzögerung enthält — gerechte Gründe sind die Fälle ehehafter Noth [2]), — so kann dann der Lehnsherr das Gut einziehen, wenn der Vasall aus Nachläßigkeit unterläßt, um Belehnung binnen Jahr und Tag nachzusuchen. Mit dieser Ansicht stimmt auch ein Beschluß vom Kaiser Heinrich überein, nach welchem der Lehnsherr das Recht hat, das Lehngut einzuziehen, wenn der Vasall Jahr und Tag um Belehnung zn bitten unterläßt [3]). In einem noch weit höheren Grad wird diese Ansicht bestätigt durch eine Erklärung auf dem Reichtag zu Speier, wo alle Großen darin übereinstimmen, daß der Vasall, der aus Nachläßigkeit oder Starrsinn binnen Jahr und Tag nicht um Belehnung nachsucht, durch den blosen Ablauf der Zeit sein Lehn verliert [4]).

Mit dieser Ansicht stimmen auch die allgemeinen Grundsätze über die Verschweigung überein, denn bei der Verschweigung an dem Volksrecht, an dem Grundbesitz genügt die Nachläßigkeit des Verschweigenden, um die Wirkungen des Verzugs herbeizuführen. Auch würde wohl bei der Verschweigung der Lehnsmutung die erwähnte Streitfrage nicht entstanden sein, wenn nicht das Lehnsverhältniß zu-

) Pertz. II. consttio de investitura et amiss. feud. 1127. II. pars altera fragmenta legum ex libris feudor. p. 184.

2) Siehe unten die Entschuldigung des Verzugs.

3) Pertz. II. Heinric. reg. stt. de termi. rec. feud.

4) Pertz. II. curia Nurenbergensis. 1274. „et sententiatum fuerit ab omnibus principibus et baronibus quod quicunque sine causa legitima per negligentiam vel contumaciam per annum et diem steterit, qnod de feudis suis se non petierit infeodari, ipso lapsu temporis cecedit a jure omnium feodorum suorum.“ Curia Roncalia 1151.

gleich ein bestimmtes Treueverhältniß in sich faßt, wo nach den Grundsätzen über die Treue an und für sich zur Felonie, zu deren Fällen die Versäumung der Lehnsmutung gehört, eine schlechte Absicht erfodert wird. Aber die besonderen Grundsätze über die Verschweigung müßen hier die allgemeinen Regeln über die Felonie überwiegen.

Diesen Grundsätzen über das Lehnrecht entspricht auch, daß derjenige, der ein ganzes Jahr lang sein Beneficialgut derelinquirt oder vernachläßigt, dasselbe verliert [1]). Ferner beruht auf dieser Regel der Gebrauch, daß bei Baurenleih- und Hufengütern der Bauer sein Gut verliert, wenn er versäumt, beim Tode seines Vorgängers binnen Jahr und Tag um Verleihung des Gutes beim Leihherrn nachzusuchen [2]). Uebrigens gilt nach einigen Rechten der Grundsatz, daß der Nachfolger sich binnen dreißig Tagen nach dem Tode seines Vorgängers ins Gut setzen muß, wahrscheinlich um, nach Analogie des Erbrechts in Eigen, von dem dreißigsten Tag an Anforderungen gegen die Erbschaft entsprechen zu können [3]). Ferner verliert der Erbberechtigte sein Recht am Erbgut, wenn er nach dem Tode des Erblaßers Jahr und Tag einen Dritten vermöge eines rechtlichen Titels im ruhigen Besitz des Erbgutes läßt [4]). Der Sachse frei-

---

1) Capit. L. IV. 38.

2) Grimm I. Frohnhof zu Kotzheim S. 663. Hof zu niederen Speckbach S. 653. Sigolzheim S. 667.

3) Grimm I. Marod. p. 841. Boffisheim S. 681.

4) Schott I. Magdeb. Stadtr. A. 67. Sächs. Landr. I. 28. Regesta Badensia v. Stillfried. N. 75. Gengler, Bodenwerder, der Rechtsbrief Ritters Heinrich v. Homburg 1287. §. 24. Braunschweig. Statut aus d. 13. Jahrh. §. 44. Bremen, Freiheitsbrief v. Friederich I. 1186. Freiburg. Stadtrecht v. 1120. §. 4. Grimm I. Nuhein S. 817.

lich verschweigt sich, selbst wenn er vom Gerichtsbezirk abwesend ist, am erblichen Grundeigenthum binnen einunddreißig Jahren sechs Wochen und drei Tagen [1]).

2) Die Verschweigung an eigenen Gütern, oder an sonstigen dinglichen Berechtigungen.

Häufig wird die Verschweigung an eigenem Gut erwähnt [2]). Ferner ist bemerkenswerth die Verschweigung der Frau, deren Mann ihr Leibgeding verkauft [3]), die Verschweigung des Manns an dem Gut, was gegen seinen Willen seine Frau verkauft, die Verschweigung des Pfandgläubigers an dem Gut, das sein Verpfänder nach der Pfändung verkauft [4]), die Verschweigung der Frau zu dem Verkauf eines Guts, an dem sie ihre Morgengabe hat [5]), die Verschweigung des Lehnsherrn, deßen Vasall das Lehngut einem Dritten, dem Lehnsherrn seines Lehnsherrn aufträgt und von dem ersteren als Lehn unmittelbar zurückempfängt [6]). Die Verschweigung des Bevormundeten, der nach eingetretener Mündigkeit Jahr und

---

jura burgi Chatelblanc. p. 845. Grimm II. Vlieskastel, S. 29. Erfweiler S. 31. Michelsen l. c. II. N. 2. Schwäbisch. Landr. c. 372

1) Sächs. Landr. I. 29. Diese Zeit ist übrigens nicht ganz neu, da sie bereits in den Markulfischen Formeln, appendix f. 33. erwähnt wird, wo Jemand diese Zeit über ein Grundstück nach gerichtlicher Auflaßung beseßen hat.

2) Heumann, Ingolst. Stadtrecht §. 24. Schott III. Freiberger Stadtrecht V. 22. 35. Kaiserr. II. 71. II. 90. Gengler, Passauer Rechtsbrief v. 1300. §. 49.

3) Salfelder Statut bei Walch I. 24. Dist. I. 24. 1.

4) Jütsch. Low III. 44. §. 2.

5) Canciani I. Lothar. leges c. 32. p. 197. Böhme, diplomat. Beiträge VI S. 99. Kulm. R. IV. 93.

6) Heumann, Bairisches Landrecht S. 87.

Tag stillschweigt zu der von seinem Vormund während der Vormundschaft geschehenen Veräußerung seiner Güter [1]).

Mit der Verschweigung hängt ferner zusammen, daß derjenige Bürger, der seinen Wohnsitz in der Stadt verläßt und nicht vor Jahr und Tag zurückkehrt, ihn verliert [2]), sowie daß derjenige, der Holz im Gemeindewald schlägt, dasselbe verliert, sobald er solches Jahr und Tag lang im Gemeindewald liegen läßt [3]).

3) Die Verschweigung an Leibeigenen und Hörigen. Wie der Eigenthümer sich binnen Jahr und Tag an seinem Grundeigenthum verschweigt, so auch verliert der Herr sein Recht an dem Leibeigenen oder Hörigen, wenn der Herr duldet, daß dieser Jahr und Tag lang in einer anderen und zwar in derselben Gemeinde verweilt, ohne daß er ihn zurückfordert, oder sonstige die Hörigkeit anzeigende Abgaben, wie z. B. den Haupttheil von ihm verlangt. Denn wenn der Unfreie von Dorf zu Dorf, von Stadt zu Stadt wandert, ohne daß er in einer Gemeinde Jahr und Tag sich aufhält, so bleibt das Recht seines ursprünglichen Leibherrn bestehen. Wie bei der Verschweigung am Eigen nöthig ist, um das Eigenthum des Eigenthümers auszuschließen, daß ein und derselbe Dritte sein Recht an dem Gut Jahr und Tag ausgeübt hat, so wird auch beim Leibeigenen erfodert, daß er in ein und derselben Gemeinde Jahr und Tag geblie-

---

1) Kraut, Vormundschaft B. I. S. 119. B. II. S. 4—7.

2) Gengler, Altenburg. Privileg Heinrich des Erlauchten 1256. §. 4. Leobschütz, Handfeste von 1270 §. 48. „judex precipiet ei venire infra annum et diem et satisfacere, quod si neglexerit, ipsa hereditas adjudicabitur nobis et iste cadet ab omni accione."

3) Grimm I. W. zu Sachsenheim S. 453.

ben ist. Der Leibeigene erscheint in dieser Beziehung wie eine Sache [1]), und zwar wird er wegen der engen Beziehung, in welcher das ihm zugehörende Grundstück zu ihm steht, in Betreff der Zeit der Verschweigung gerade wie eine Immobilie behandelt. Die Wirkungen des ungestörten Verweilens sind für den Hörigen verschieden. Verweilt er Jahr und Tag in einer freien Stadtgemeinde, wo er sich gleichsam allmälig seiner Hörigkeit entwert, und sich immer mehr in die Freiheit einwert, so wird er freier Stadtbürger [2]). Uebrigens suchten die Reichsgesetze dieses Vorrecht der Städte häufig zu beschränken, und verboten nicht allein die Aufnahme von Hörigen, sondern verordneten sogar die Zurückgabe der aufgenommenen Hörigen [3]). Blieb er dagegen Jahr und Tag in einer nicht freien Gemeinde, so fiel er gleichsam aus der Gewere seines früheren Herrn in die Gewere desjenigen, dem die unfreie Gemeinde zugehörte [4]). Mit dieser Verschweigung steht auch wohl die

---

1) Siehe auch Grimm Alterthümer I. S. 337—338.

2) Gengler Aarau Handfeste v. Rudolf v. Habsburg 1283. §. 7. Braunschweig. Stadtrecht aus dem 15. Jahrh. §. 43. Breisach. Rechtsbrief v. 1275 §. 20. Eger Rechtsbrief v. 1279. §. 16. Eisenach. Rbrief v. 1283. §. 2. Hörde Rbf. Konrad des Edlen 1340. §. 2. Pritzwalk. Rbf. v. 1256. §. 2. Dissenhofen, Handfeste v. 1260. §. 17. Münster jus civile v. 1326. §. 1. Grimm I. W. Sasbach S. 413. Siehe auch Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 313. N. b.

3) Pertz. II. cassat. confoeder. Mog. 1226. cur. Wormat. 1231. cur. Mog. 1235. c. 9. cur. Würzb. 1287. Gengler, Pfüllendorf. Rechtsbrief v. 1220. §. 3. Schöngau Freiheitsbrief v. 1313. §. 6.

4) Grimm W. I. Großkems S. 656. §. 10. Grimm W. II. Erfweiler Weisthum 1421. S. 31. Eddersheim S. 558. Borne und Grüftel S. 569. Nuhein S. 816. Wied. S. 834. jura de Chatelblanc. p. 845. Grimm, Alterthümer I. S. 326—27.

Bestimmung in Verbindung, daß wenn Sklaven von verschiedenen Herrn ehlich zusammenleben, ihre Herrn diese Verbindung nicht trennen dürfen, sobald sie dieselbe ungestört ein Jahr lang dauren laßen [1]).

4) Die Verschweigung an beweglichen Sachen. Hier ist zu unterscheiden:

a) Die bewegliche Sache ist Erbschaftssache.

Da schon in den ältesten Zeiten Heergeräthe und Gerade selbständige Theile der Hinterlaßenschaft ausmachen [2]), über Erbschaft des Freien aber eben so gut, wie über sein Grundeigenthum, im echten Ding ursprünglich verhandelt wurde, so ist es nach Analogie der Verschweigung am Grundeigenthum folgerichtig, daß auch die Verschweigung an diesen beweglichen Erbschaftsgegenständen Jahr und Tag erfodert [3]). Was nun ursprünglich blos für Heergeräthe und Gerade gegolten hatte, das wurde, als im Lauf der Zeit, namentlich in den Städten, das bewegliche Vermögen sich immer mehr selbständig entwickelte, überhaupt auf jede bewegliche Hinterlaßenschaft ausgedehnt [4]).

---

1) **Lex Wisig. l. X. tt. I. c. 17.**

2) Vergl. auch Grimm, Rechtsalterth. **II. S. 567.**

3) Sächs. Landr. **I. 28.** **„svat süsgedanes dinges ervelos ir stirft, herwede oder erve oder rade, dat sal man antwerden deme richtere oder deme vronen boden, of he't eschet, na deme drittegesten. Did sal de richter halden jar unde dach unvordan unde warden of sik jeman dar ti mit rechte.“**

4) Kul. R. **IV. 109.** **„wissen dy erbnamen daz yn an** ***varnder habe*** **gut angestorben ist, das sullen sy sich bynnen jar und tage tzu tzyen“** Böhme, diplomatische Beiträge, Schöffenurtheile **VI. 91.** Siehe auch Albrecht S **121 – 122.**

b) Die bewegliche Sache geht ihrem ursprünglichen Inhaber wider seinen Willen, aber nicht auf unrechtmäßige Weise verloren, z. B. er verliert sie zufällig, die Fluten treiben sie ihm weg, der Richter läßt sie als Pfand eines Dritten verkaufen. Da in dem Falle, wo Jemand um eine Immobilie belangt wird, der am Grundbesitz Berechtigte sich nach Ablauf von drei echten Dingen an seinem Recht verschweigt, so muß der an der Fahrniß Berechtigte sich ebenfalls nach drei unechten Dingen von je vierzehn Tagen sofort an seinem Recht verschweigen. Während aber der am Grundbesitz Berechtigte noch nach dem Jahr, den drei echten Dingen, eine Frist von sechs Wochen und drei Tagen hat, so kann dagegen nicht der Mobiliareigenthümer, nach Ablauf der drei unechten Dinge von je vierzehn Tagen, noch ein viertes unechtes Ding verlangen. Denn dann müßte analog der Grundberechtigte befugt sein, ein volles viertes echtes Ding in Anspruch zu nehmen. Auch verliert ja der an der Fahrniß Berechtigte, wenn er vorgeladen ausbleibt, sofort sein Recht, zuerst den Beweis zu liefern, während der an dem Grundbesitz Berechtigte erst nach Ablauf von drei Terminen von je vierzehn Tagen am vierten Termin sein Recht zuerst zu beweisen einbüßt. Die Klage des Klägers wird durch diesen Verzug aus einer selbst schlechten Klage in eine Art von rechter (vergl. §. 19.) verwandelt.

Wie nun bei den Grundstücken die Verschweigung einen gerichtlichen Akt erfordert, so wird dieser bei den Mobilien vertreten durch die öffentliche Aufforderung ihres Inhabers an ihren unbekannten Eigenthümer, sich zu seinem Eigenthum zu melden, und wie bei der Verschweigung von Grundstücken ein und derselbe Dritte das Gut Jahr und Tag inne gehabt haben muß, so auch muß dieselbe Person

die Mobilie sechs Wochen und drei Tage besessen haben [1]). Aus demselben Grund ist auch anzunehmen, daß wenn der Richter bei einer Pfändung Mobilien nimmt, an denen Dritte berechtigt sind, und diese dreimal in sechs Wochen öffentlich aufgeboten werden, die dritten Personen, da sie ihr Recht während der sechs Wochen nicht geltend machen, sich an ihrem Recht verschwiegen haben [2]).

Von dieser Bestimmung, daß man sich an einer beweglichen Sache binnen sechs Wochen verschweigt, ist jedoch der Fall ausgenommen, wo die Sache in die Hände des Richters kommt [3]). Denn dann hat der Richter Jahr und Tag die Sache in seinen Händen aufzubewahren, und erst nach dieser Zeit verliert der Eigenthümer das Recht sie zurückzufordern [4]). Albrecht glaubt nun, daß der Richter,

---

1) Sächs. Landr. II. 29. „sweme enes anderen mannes have dat varende have het, in watere to vlüt, die sal se jeneme weder geven, deste he sik dar to tie als recht is, unde he ime sine kost gelde na guder lüde kore. He sal 't ok up bieden unde halden unverdan ses weken. vreget dar jeman na, he sals bekennen.“ II. 371. „svat so en man vint, oder dieven oder roveren afjaget, dat sal he up bieden vor sinen buren unde to der kerken; kumt jene binnen ses weken, deme dat gut to hort, he sal sik dar to tien selve dridde, unde gelde die kost die jene dar mede gehat hevet, of it perd oder ve is §. 3. „nekumt aver nieman binnen ses weken, die sik dar to tie, so nimt de richtere tvene dele unde jene behalt den dridden deil.“ Distinkt. IV. 9. 5. IV. 43. 13. Grimm W. II. Bliescastel S. 29.

2) Vergl. Albrecht S. 121. Görlitzer Landrecht c. 47. §. 10. Kaiser. II. 40.

3) Sächs. Landr. II. 31.

4) Sächs. Landr. II. 31. §. 1. 2. „düve oder rof die man under ime (der von Gerichtswegen das Leben verliert) vint, dat sal die richtere behalden under ime jar unde dach, of sik dar binnen

wie der Privatmann, eine öffentliche Aufforderung habe ergehen laßen [1]). Nach dem Sachsenspiegel und dem Görlitzer Landrecht läßt sich freilich eine solche öffentliche Aufforderung nicht mit Bestimmtheit annehmen, weil sie von dieser öffentlichen Aufforderung nichts erwähnen.

Da aber sowohl nach dem Richtsteig des Landrechts [2]) das den Räubern oder dem Dieb abgenommene Gut öffentlich den Nachbarn gezeigt und dem Richter überliefert werden soll, als auch nach dem Schwabenspiegel und dem Kulmischen Recht in dem Fall, wo Jemand auf freier Landstraße über der Erde ein Gut findet, und dieses dem nächsten Richter oder dem nächsten Geistlichen überliefert, der Richter an jedem Gerichtstag vor Gericht, der Geistliche an jedem Kirchentag von der Kanzel den Fund zu verkündigen hat [3]), so ist wohl bereits auch nach dem Sachsenspiegel eine solche Verkündigung eingetreten.

Wenn hier der Richter nicht, wie der Privatmann, schon binnen sechs Wochen sondern erst binnen Jahr und Tag das Eigenthum an der beweglichen Sache erlangt, so ist der Grund wohl der, daß als allgemeine Regel galt,

---

nieman to ne tût na rechte, die richtere ker'et in sine nut." Görlitzer Landrecht c. 47. §. 10. Albrecht S. 122. 123.

1) Albrecht S. 123.

2) c. 15.

3) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 317. „und vindet ein man gut uf der strazze ob der erde, daz sol er dem nehsten priester bevelhen oder dem nehsten weltlichem rihter . . . so sol der priester alle tage die man viret, und alle sunnen tage in siner breide und uf der kantzle künden . . . so sol der weltliche rihter alse dicke so er ze gerihte gat, alse dicke sol er ez künden.“ Kulm. R. V. 46.

der Richter müße eine Sache Jahr und Tag beseßen haben, um sich ihrer als bonum vacans bemächtigen zu können [1]).

Uebrigens hat man auch sonst eine Verschweigung von Jahr und Tag auf die Mobilien angewandt, so z. B. wenn das Geld eines Gastes in Beschlag genommen wird, so verliert er dasselbe, wenn er solches nicht binnen Jahr und Tag zurückfordert [2]).

c) Die bewegliche Sache geht ihrem rechtmäßigen Inhaber wider seinen Willen auf unrechtmäßige Weise verloren.

In diesem Fall ist kein noch so lange dauernder Zeitabschnitt an und für sich im Stand, dem ursprünglichen Sachberechtigten sein Recht an der Sache zu entziehen. Während bei den Grundstücken, an denen durch das Gericht und vor dem Gericht die Rechte bestellt werden, der Berechtigte, der die gerichtlichen Handlungen anzuerkennen hat, sein Recht verliert, wenn ein Dritter Jahr und Tag lang die ihm vor dem Gericht gegebene Gewere ausübt, so ist dieser Verlust bei den Mobilien nicht vorhanden. Denn an ihnen werden gewöhnlich die Rechte nicht durch richterliche sondern durch Privathandlungen erworben. Der erste rechtmäßige Inhaber ist allein für sich, ohne daß er eines Richters bedarf, im Stand, die Rechte an ihr auf einen Dritten zu übertragen. Kein Dritter an der Sache Unberechtigter vermag durch seine Privaterklärungen und Privathandlungen diese Berechtigung zu schmälern oder gar aufzuheben [3]). Kommt freilich eine solche auf unrechtmäßige Art verloren gegangene Sache in die Hände des Gerichts, und erläßt dieses Anforderungen an den ihm unbekannten Eigenthümer, oder

---

1) Sächs. Landr. I. 28.

2) Heumann, Bairisch. Landr. S. 127. 155.

3) Vergleiche auch §. 5. S. 73—74.

vergiebt dasselbe in seinem Namen die Sache nach Ablauf von Jahr und Tag, ohne daß der Eigenthümer sich meldete, so verliert dieser gerade so gut wie bei Immobilien sein Recht an der Sache. Die Römische Rechtsregel, daß die fremden vom Fiscus verkauften Sachen der Eigenthümer nicht vindiciren, sondern nur ihre Entschädigung verlangen könne, gilt in gewißer Weise für die vor und von dem Deutschen Richter übertragenen Sachen. Denn die öffentliche gerichtliche Uebertragung bewirkt, daß ihr Eigenthümer nach Ablauf einer gewißen Zeit, sie weder von ihrem Empfänger und bisherigen Inhaber nicht allein nicht vindiciren, sondern sogar nicht einmal ihre Entschädigung ansprechen kann.

---

§. 16.

Fortsetzung.

II. Der Verzug bei persönlichen Ansprüchen.

1) Der Verzug bei persönlichen Ansprüchen aus Vergehen.

Wie der eines Verbrechens Angeklagte binnen Jahr und Tag sich zu vertheidigen befugt ist, und sich nach Ablauf dieser Zeit an seinem Volksrecht verschweigt, so auch verschweigt sich der aus dem gegen seine Person verübten Verbrechen zur Klage Berechtigte in Jahr und Tag an seinem Klagerecht. Die Wirkungen des Ablaufs von Jahr und Tag sind nun nach verschiednen Richtungen hin ebenfalls bei den persönlichen Verletzungen von bedeutendem Einfluß.

In solchen Fällen, wo noch unentschieden ist, welche Wirkungen eine Verletzung hat, wird Jahr und Tag

gewartet, um über ihren Einfluß entscheiden zu können. Hat z. B. Jemand einen Schlag erhalten, von dem er auf einem Ohr sofort taub wird, so hat man noch Jahr und Tag zu warten, um zu erfahren, ob er auch auf dem anderen Ohr taub wird. Ist nach Ablauf dieser Zeit keine Taubheit eingetreten, so ist der Thäter von jeder Verschuldung bezüglich des zweiten Ohrs frei [1]). Ebenso gilt als Regel, daß die Erben eines Verwundeten, wenn er binnen Jahr und Tag nach erhaltener Verwundung stirbt, und solches vom Richter und Priester bezeugt wird, berechtigt sind, für ihren Erblaßer als einen durch die Wunde Getödteten Wergeld zu fordern [2]).

Ist nun an und für sich die Wirkung einer Verletzung ganz sicher und bestimmt, so hat der Verletzte, beziehungsweise, wenn er getödtet ist, sein Erbe die Verpflichtung und das Recht zur Wiederherstellung seiner verletzten Ehre und seiner angegriffenen Persönlichkeit, zur Aufrechterhal-

---

1) Richthofen die Emsiger allgemeinen Bußtaxen S. 86—88. „quisquis super caput vulneratus fuit, si surdescit auris, tunc est emenda XIII. marc. et III. pars unius. Postea percussor debet *habere in periculo suo* aliam *aurem per annum et diem*, infra quod tempus si surdescit, erit emenda supra." Jütisch. Low III. 27. §. 2. „Lemede schal stehn Jamling, id est Jar und e dach alse den desülvige worderet wert, so beteret men de."

2) Richthofen, Emsiger Domen c. 8. Andere Rechte haben freilich eine kürzere Zeit, so z. B. gilt nach Frankfurter Stadtrecht derjenige, welcher verwundete, dann als Urheber einer Töbtung, wenn der Verwundete binnen dreißig Tagen nach der Verwundung stirbt. Gengler, Frankfurter Stadtrecht v. 1297. §. 7. Es ist diese Zeit von dreißig Tagen ganz gleich der Zeit, welche ablaufen muß, ehe bei einer Hinterlaßenschaft eine Verschweigung von Jahr und Tag laufen kann.

tung des Rufes und Ruhmes seiner Familie, binnen Jahr und Tag die Klage auf Buße und Wergeld geltend zu machen, sonst geht nach Ablauf dieser Zeit diese Befugniß verloren. Dieser Grundsatz bewährt sich nun in verschiedenartigen Fällen. Die Verwandten eines angeblich aus Nothwer Getödteten können, wenn Jahr und Tag nach der Tödtung ohne Klage vergehen, keine Klage mehr anstellen [1]). Die sechs Wochen und der eine Tag, während welcher Zeit der Richter den Todtschläger gefangen hält, und die nicht auf die Zeit von Jahr und Tag eingerechnet werden, sind gleich der Zeit von drei Terminen vor der Achtserklärung, sind gleich dem dreimaligen Friedewirken bei der gerichtlichen Auflaßung. Der Erbe ist ferner nicht mehr berechtigt, eine Injurienklage anzustellen, wenn sein Erblaßer Jahr und Tag vorübergehen ließ, ohne eine Klage vorzubringen [2]), und ebensowenig dürfen Vergehen gegen die Heiligkeit der Feiertage noch nach Jahr und Tag verfolgt werden [3]). Diesen Grundsätzen entspricht auch,

---

1) Schwäb. Landr. c. 360. „und ist daz der tôte man nieman hât der für in kemphe, sô sol der rihter den man (den Todtschläger, der sich alsbald nach der That stellte) behalten mit gewisse hait sehs wuchan und ainen tag und kumet nieman under den wilun, sô ist er von dem rihter ledig und kumet dar nâch jeman der sin mag ist und klaget ûffen in *inrunt jár und tag*, er muoz im antwurten.“

2) Sächs. Landr. III. 31. 3. „sve den andern veit unde ime nicht ne nimt oder ine wundet oder sleit ane dotslach unde ane lemesle, sinen erven ne hevet he dar umme nicht to antwerdene, of he stirft na der jartale; jene ne hebbe vor gerichte der klage begunt, er he stürve.“ Distinkt. IV. 40. 1:

3) Jütsch. Low II. 87. §. 2. „Hillige Dâges Soke stohn nich boven Johr und Dach. Vergl. II. 91.

daß derjenige, der von einem Ort fortzieht, sich noch Jahr und Tag lang wegen dort entstandner Händel einlaßen muß [1]). Hier und da findet sich sogar ganz allgemein der Grundsatz ausgesprochen, daß wenn Jemand Ursache zu irgend einer Klage hat, und er nicht binnen Jahr und Tag klagt, er vollständig sein Klagerecht verliert [2]).

Der einzige Fall nun, wo ein Vergehen auch selbst dann, wenn Jahr und Tag nach seiner Vollendung vorübergegangen sind, noch gerichtlich verfolgt werden darf, ist dann vorhanden, sobald Jemand heimlicher Weise umgebracht worden ist, und Niemand auftritt, der behauptet, aus Nothwer den Menschen getödtet zu haben [3]). Denn hier ist ja die Person unbekannt, gegen welche geklagt werden könnte, folglich kann auch keine Verschweigung eintreten.

Aber auch in sonstiger Beziehung ist bei Verbrechen der Einfluß von Jahr und Tag wichtig. Flieht z B. ein Verbrecher, so haben seine Erben nach manchen Rechtssatzungen die Befugniß, binnen Jahr und Tag nach geschehener That den Versuch zu machen, Gnade für ihn auszuwirken [4]). Die Erben eines Todtschlägers sind gehalten binnen Jahr und Tag die klagenden Erben des Getödteten zu befriedigen, sonst fällt das Erbe des Todtschlägers an die Ver-

---

1) Reyscher l. c. Gerichtsordnung v. Adelberg S. 14.

2) Lappenberg, Hamburgische Urkunden N. 514. Vergleich der Stadt Hamburg mit dem Lande Wursten: „si aliquis de terra nostra vel e converso adversus alium *causam* habuerit aut *querimoniam*, et ab accusatione sua per *annum et diem* cessaverit, post annum *nullatenus audietur* super illa.“

3) Vergl. Sächs. Landr. III. 31. 3. Distinkt. IV. 40. 1. in Verbindung mit dem Schwäb. Landr. c. 360.

4) Gengler, Eisenach. Rbf. v. K. Albrecht 1283. §. 3.

wandten des Getödteten [1]), bleibt aber ein Todtschläger Jahr und Tag außer Landes, so sind die Erben des Getödteten verpflichtet, Wergeld anzunehmen, und den zurückkehrenden Todtschläger ruhig im Inland leben zu laßen [2]).

2) Der Verzug bei persönlichen Ansprüchen aus Verträgen.

Hier gilt zunächst als allgemeiner Grundsatz, daß der Gläubiger, wenn er auch noch so lange Zeit hindurch seine Forderung nicht einklagt, niemals sich an seinem Klagerecht verschweigt, ohne Unterschied, ob seine Forderung auf Geld oder auf eine andere bewegliche Sache gerichtet ist [3]). Diese Unverjährbarkeit der einfachen Schuldklagen gründet sich auf den Umstand, daß gerade so, wie zur Begründung der Gewere an Mobilien, zu ihrer Entstehung und Bildung das Gericht nicht absolut nöthig ist. Den Schutz der Person, den Schutz der Gewere an Immobilien wirkt das Gericht, aber bei den Schuldklagen ist seine Mitwirkung nicht erforderlich, und der Kläger braucht also auch in solchen Fällen nicht die Zeit von Jahr und Tag bei seinen Klagen zu beobachten. Aber trotz dieses Grundsatzes behauptet dennoch der Einfluß von Jahr und Tag seine Geltung. Hat nemlich der Gläubiger sich nicht vorgesehen, entweder auf die Art, daß er den Schuldvertrag vor Gericht abschloß, oder auf eine andere Weise durch Zuziehung

---

1) Richthofen, Siebenharderbeliebung §. 5.

2) Richthofen, Westerwolder Landrecht c. 14. §. 1—9.

3) Kaiserrecht II. §. 87. „der dem andern ist farnde gut schuldig, der mag der ansprach beiten, wie lange er wil, da an mag er sich nit versumen, die wile der lebet, der daz gut schuldig ist oder auch nach dem tode.“ Siehe auch Albrecht l. c. S. 121.

von Zeugen ganz genau die Zeit der Zahlung bestimmte, so ist der Schuldner berechtigt zu beschwören, daß erst binnen Jahr und Tag die Schuld fällig ist [1]).

Der Gläubiger, der sich nicht sicher gestellt hat, muß also sofort nach Eingehung des Vertragsverhältnisses klagen, wenn er nicht länger als Jahr und Tag nach der Versicherung seines Schuldners auf Erfüllung seiner Ansprüche warten will. — Um also den Schuldner in Verzug zu bringen, ist nöthig, daß er verklagt wird, eine Privatmahnung reicht nicht aus. Die Wirkungen des Verzugs zeigen sich hier darin, daß der Angeschuldigte höchstens Buße und Wette zahlt, da das Deutsche Recht keine Zinsen, vor allem aber keine Verzugszinsen kennt.

Wenn daher Brackenhöft in seiner Recension über den ersten Band dieses Werks in den Heidelberger Jahrbüchern Jahrgang 1852. S. 204. von meiner Bemerkung, „daß die Lehre von der mora zunächst vom öffentlichen Strafrecht ihren Anfang nehme, und über ihre Folgen nicht der Betrag des Interesses sondern der Charakter des Hohns entscheide, der durch die Säumniß an den Tag gelegt werde", (S. 89. 90.) sagt, sie verliert jede Tragweite, wenn man einen Unterschied zwischen Verzug und Uebertretung

---

1) Distinkt. III. 10. 5. „beschuldiget man eynen umbe schult, und he spricht, he habe or lenger tag an der schult, mag he eyn jar tag behalden unde nicht lenger gewinnen, he hette denne von willen gebeten zcugen adder lickouffes lute, dy von or beyder wegen dorczu gewillekort sint, daz her on denne bezcalen sulle, adder is mit gerichte bewisen mag, so behiledet he sinen tag." II. 13. 2. Schott III. Freiberger Stadtrecht Art. XLIX. §. 32. u. 34. was nur von der Frist eines Jahres spricht. Siehe auch Albrecht diss. de probat. I. §. 10.

und Ungehorsam anerkennt, so übersieht dieser Germanist, daß eben im älteren Deutschen Recht kein Unterschied zwischen Ungehorsam und Verzug vorkommt. Denn ein Verzug kann hier eben nur dadurch entstehen, daß man die Sache bis zur Klage kommen läßt, eine blose Privatmahnung ist noch nicht im Stand, einen strafbaren Verzug sofort herbeizuführen. Ja selbst dann, wenn aus einer Schuld eine einfache, schlichte Klage angestellt wird, braucht der Verurtheilte keine Buße und Wette zu entrichten, diese wird nur bei der Verurtheilung aus rechten Schuldklagen entrichtet. Das alte Deutsche Recht kennt keine Berechnung des Interesses, keine Fiktion des entgangenen Gewinns, nur durch die Hülfe des Gerichts kann der Schuldner in Verzug gebracht werden, eine mora im Römischen Sinn ist ihm unbekannt. Die Verpflichtung den wegen Nichtzahlung der Schuld eingetretenen Schaden zu ersetzen, setzt immer eine besondere Verabredung voraus [1]).

Schließlich sind hier noch sowohl für die dinglichen als persönlichen Ansprüche die Wirkungen anzugeben, welche eintreten, wenn bereits nach angestellter Klage ein Verzug von Seiten des Berechtigten stattfindet.

Im älteren Recht gilt für alle Klagen, daß der Kläger, wenn er ausbleibt, eine Buße an den Richter zu zahlen hat [2]). Ob der Kläger, der nicht erscheint, aber seine Klage erhoben hat, noch berechtigt gewesen ist, von neuem dieselbe Klage anzustellen, läßt sich nach den Quellen nicht ganz genau bestimmen. Da jedoch der Kläger selbst und nicht der Richter den Verklagten vorlud, folglich der Kläger nicht

1) Vergl. auch §. 17. Abth. 1.

2) Lex Rip. tt. 32. c. 1. lex Sal. tt. 1. c. 2. lex Alam. tt. 36. c. 4.

in dieser Beziehung die richterliche Gewalt mißbrauchte, wenn er ausbleibt, so darf man annehmen, daß der Kläger berechtigt gewesen ist, den Verklagten noch zweimal vorzuladen. Diese Berechtigung mußte aber später beschränkt werden, sobald der Richter selbst die Vorladung ergehen läßt.

Hat daher Jemand eine Klage angestellt, erscheint aber nicht an dem bestimmten Termin, an dem sich der Verklagte einstellt, oder erscheint er zwar, klagt aber nicht, so ist der Verklagte bei Criminalklagen von der angefangenen Klage für immer frei [1]). Der Kläger hat außerdem zur Strafe seines Verzugs dem Verklagten noch Buße, dem Richter noch Wette zu entrichten [2]). Bei Civilklagen hat der Kläger in diesen Fällen ebenfalls dem Richter Wette, dem Kläger zwar keine Buße, aber alle etwaigen Kosten zu bezahlen, und zwar wird der Kläger zu einer neuen Klage nicht eher zugelaßen, als bis er die Kosten der früheren entrichtet hat. Daneben verbleibt ihm aber das Recht, seine Civilklage noch zweimal vor Gericht anzustellen [3]). Nach manchen

---

1) Kaiserrecht I. 3. „waz dinges oder sach man nit volfurt, die ist *eweclich verlorn.*“ Sächs. Landr. II. 8. Schwäb. Landr. c. 356. 408.

2) Sächs. Landr. II. 8. „sve so ungerichte klaget up enen, die dar nicht to jegenwarde n'is, kumt he seder vore, unde ne klaget jene up ine nicht, he mut deme richtere gewedden unde jeneneme gebüten; ok delt man jeneme der klage ledich.“ Schwäb. Landr. c. 356. 408. Sächs. Landr. I. 53 §. 1.

3) Sächs. Landr. I. 53. 1. „sve . . . sin klage na rechte nicht ne vulvorderet . . oder to ut gelegedeme dinge to tiden nicht ne kumt, . . . he weddet dem richtere.“ Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 314. I. gebiutet ein man dem andern fur und er kumt fur, und jenr claget nit, und hat er *koste* gehabt, die sol er im *ablegen*, und gebiut er im *dristunt* fur und kumt er dannoch

Rechten scheint übrigens ebenso hier, wie bei den Criminalklagen, das einmalige Ausbleiben des Klägers bewirkt zu haben, daß er bereits schon jetzt sein ganzes Klagerecht vollständig verliert [1]). In dem Fall aber, wo der Verklagte bereit ist, einen Eid zu seiner Vertheidigung zu schwören, der Kläger aber an dem Eidestermin nicht erscheint, verliert der Kläger sofort seine Civilklage, und der Verklagte braucht nach dem älteren Recht nicht einmal den Eid zu schwören, wohl aber nach dem neueren [2]). Erscheint zwar der Kläger vor Gericht, als der Verklagte sich stellt, bringt aber seine Klage nicht vor, so ist wohl nach Analogie des Verfahrens beim Verklagten, der dreimal aufgefordert wird sich zu vertheidigen, anzunehmen, daß auch der Kläger dreimal vom Richter die Anforderung erhält, seine Klage vorzubringen. Schweigt er dennoch, so verliert er nun ebenso

---

nit fur. jenr si siner clage ledic, umb swaz er in beclaget hat, und sol im siue *koste ablegen.*" Pertz. II. cur. Nuremberg. 1303. constt. pac. c. 34. „wer vor gericht clagt pis das der kumpt, der do beklagt ist zu dem tag als im zu gericht gepoten ist, und der cleger von im das recht nicht nemen will, das man dem für pas nicht richt, er leg dem sein kost ab von erst den er beclaget hat."

1) Heumann, Bairisch. Landr. Art. XVI. „spricht jeman den andern an umb aygen alz lang untz das er mit dem rechten ze anwurt chumbt, so ist der antwurter, der das aigen inne hat, der ansprach *allerding ledig.*"

2) Kulm. R. IV. 63. Distinkt. IV. 43. 6. „queme ouch der cleger nicht vor, wenne man denne ome den eyt tun sal, man teylet dissen ledig. Aber in dem keyserwichbilde ist dez nicht, wenn kempt der nicht, der den eyd nemen sol, doch sal on der tun, der on gelobed had." Sächs. Landr. II. 11. §. 2.

alles Klagrecht, wie der Verklagte wegen seines Schweigens alles Vertheidigungsrecht einbüßt.

Bei Civilklagen wird also in Bezug auf die Folgen des Verzugs der Verklagte dem Kläger gleichgestellt, während bei Criminalklagen das Recht aus Hochachtung für die freie Persönlichkeit dem Verklagten durch die drei Termine vor der Verfestung, durch die lang währende Zeit der Acht vor der Oberacht große Schonung erweist.

Was für Folgen endlich eintreten, wenn der Kläger seinen Proceß zwar vor Gericht gewinnt, aber unterläßt den Richter um Vollziehung des Urtheils anzugehen, ist in den meisten älteren Rechtsbüchern nicht bestimmt angegeben.

Nach dem individuellen Privatcharakter des älteren Deutschen Rechts läßt sich annehmen, daß wie der Richter einen Klagberechtigten nicht zwingen konnte zu klagen [1]), so auch er ihn nicht durch Strafen nöthigen durfte, den gewonnenen Proceß gegen den überwundnen Verklagten zur Ausführung zu bringen [2]). Auch selbst bei gewonnenen Criminalklagen ist wegen ihres Hauptzweckes, dem verletzten Privaten, nicht der Verletzung des öffentlichen Friedens Genugthuung zu verschaffen, dieser Grundsatz gültig. Nur sind natürlich die dem Richter aus dem gewonnenen Proceß zukommenden Strafgelder und sonstigen Berechti-

---

1) Sächs. Landr. I. 62. 1. Siehe auch unten die Lehre von den Klagen §. 18.

2) Vergl. Sächs. Landr. I. 53. §. 2. „sprikt die man gut an, unde klaget he dar up, unde wirt he mit rechte dar up gewiset, he *blift is ane bute unde ane wedde,* de wile he's *sik nicht underwint.*“

gungen unabhängig von der Geltendmachung der Ansprüche des verletzten Privatmanns.

Wenn nun auch der siegreiche Kläger nicht gezwungen werden kann gegen den verurtheilten Verklagten einzuschreiten, so ist damit noch nicht die andere höchst wichtige Frage entschieden, kann der Kläger beliebig, ohne irgend welche Zeit berücksichtigen zu müßen, gegen den Verklagten seinen Sieg geltend machen, oder verliert er, gleichsam nach dem Sprüchwort: „Annibal vincere scit, victoria uti nescit“ die Folgen seines siegreichen Processes, wenn er ihn eine bestimmte Zeit lang zu benutzen versäumt. Das Kaiserrecht hat in Bezug auf diese Frage ganz allgemein den Grundsatz aufgestellt, daß der siegreiche Kläger seinen Sieg verliert, wenn er nicht das Gericht bittet, das gewonnene Urtheil auszuführen: „wer an gerichte erwindet sulche sache als er da gehandelt hat, der *versume* sich nit, und heische im den richter richten, daz sal er tun bi schinder sunne, ist daz er zu richten findet an libe oder an gut; wan swiget er, und lezzet ez hangen an des richters laube, so *virluset er daz gerichte.* Sint gesc. stet: waz man irwindet mit gerichte, daz sal man zu hant nemen. Auch stet anderwa gesc.: wer dem richter nicht gericht entheischet, als er die *clage irwunden* hat, *der virlusit sin* erbeit“ [1]). Das Kaiserrecht unterscheidet also bei dieser Androhung des Klagverlustes für den säumigen siegreichen Gegner nicht nach der Zeit, ob die Klage auf Wergeld, Grundstück, Fahrniß oder Geld ging. Seine Worte können nun unmöglich den Sinn haben, „der siegreiche Kläger müße sofort nach gewonnenem Proceß das Gericht auffordern, dem überwundnen Verklagten den abgewonnenen Gegenstand abzunehmen,

2) Kaiserrecht I. 23.

oder ihn zu der schuldigen Leistung zu zwingen." Denn der verurtheilte Verklagte hat trotz seiner Verurtheilung gewiße Fristen, um seine Verpflichtung zu erfüllen, z. B. zwölf Wochen zur Bezahlung von Wergeld, vierzehn Tage zur Bezahlung eines Darlehns [1]).

Da nun die Zeit von Jahr und Tag beim Verlust der Freiheit und der Ehre, bei der Verschweigung von Grundbesitz und von Forderungen aus Verbrechen, beim Verzug in Geldforderungen und in Fahrnißansprüchen sehr bedeutend einwirkt und maßgebend ist, so hat sie auch wohl bei Ansprüchen aus gewonnenen Klagen den Ausschlag gegeben. Der siegreiche Kläger ist bei Verlust seiner Ansprüche verpflichtet, binnen Jahr und Tag nach gewonnenem Proceß das Gericht um Hülfe anzugehen, sobald der Verurtheilte nicht freiwillig seinen Verpflichtungen nachkommt. Einen Beweis dieser Ansicht giebt das Münchner Stadtrecht, nach deßen Bestimmungen derjenige, der vom Gericht eine Ansprache gegen ein Grundstück erhalten hat, sie verliert, wenn er sie binnen Jahr und Tag nicht geltend macht [2]).

Die Zeit von Jahr und Tag ist gleichsam die Angel, um die sich das gesammte rechtliche Dasein des Einzelnen dreht, auf ihr ruht sein Leben, seine Ehre, sein Grundbesitz, seine Fahrniß. Diese Zeit ist ein echtes Kind des gemeinsamen, rechtserzeugenden Volksbewußtseins, denn sie ist hervorgegangen

---

1) Sächs. Landr. I. 65. 4.

2) Gengler, München. Rechtsbrief v. Herzog Rudolf I. 1294. §. 18. „Swer ein eigen ansprichet, der sol daz öffentlichen tuon vor geriht, und sol der Ansprach nach gen als im ertailt wirt, tut er des niht in jares Frist und in einem Tag, im ist gebrostem an sinem reht, und hat jener sin eigen mit rehte und mit gemache."

aus der Verbindung der drei echten Dinge, wo sich das gesammte Volk versammelt, und wo die Einzelnen stillschweigend durch ihre Anwesenheit sich gegenseitig als Mitglieder gleicher Stammes- und Rechtsgenossenschaft anerkennen und verpflichten. Wie stolz auch der Einzelne sich in seiner Freiheit und in seiner persönlichen Unabhängigkeit auf seiner Were fühlen mag, diese Zeit von Jahr und Tag prägt seinem Gedächtniß gleichsam wie mit ehernem Griffel ein, daß er alles Recht nur als Mitglied des Volks, nur als Theilnehmer am echten Ding erhält und erhalten kann. Diese Zeitbestimmung liefert den deutlichen Beweis, daß alles Recht nur mit und in dem Gericht bestehen kann, und daß Gericht und Recht sich gegenseitig entsprechen [1].

§. 17.

Schluß.

Da vorher diejenigen Fälle angegeben sind, wo entweder von Seiten des Klagberechtigten oder von Seiten des an und für sich zur Vertheidigung Befugten ein Verzug stattfindet, so bleiben noch die Fälle zu erwähnen übrig, wo der Verpflichtete entweder von freiem Stücken oder auf Aufforderung des Berechtigten diesen vor dem Verzug der

1) Die Berücksichtigung von Jahr und Tag zeigt sich auch darin, daß bei Bestimmungen über die Zeit, innerhalb welcher etwas gethan werden soll, z. B. Zinsbriefe in das Stadtregister einzutragen, Rößler altprager Stadtrecht §. 109. die Zeit von Jahr und Tag angeordnet wird.

Erfüllung sichert oder zu sichern sucht. Denn über die Klagen, welche der Berechtigte anwendet, um die Folgen des Verzugs und der Verschweigung von seiner Seite zu vermeiden, wird in §. 18—20. verhandelt werden.

Diese Fälle sind nun natürlich je nach den Verhältnissen höchst verschiedner Natur.

1) Das einfachste und natürlichste Mittel, um den Berechtigten vor jeder Gefahr eines Verzugs zu schützen ist das, daß der Verpflichtete seine Verpflichtung erfüllt. Leistet der Verpflichtete, ehe gegen ihn geklagt ist, so hat diese Erfüllung natürlich alle Einwirkung des Verzugs abgeschnitten. Denn als Grundsatz des Verzugs gilt, daß ein solcher nur in Folge gerichtlicher Handlungen, oder wenigstens in Folge solcher Handlungeu, die das Gericht vertreten, stattfinden kann. Geschieht dagegen die Leistung in Folge einer Klage, und bezieht sich die Leistung auf Geldschulden, und wird der Schuldner verurtheilt, so kann er früher zahlen, als bis der ihm gesetzlich festgesetzte Zahlungstermin abgelaufen ist. Die Länge dieses Termins ist höchst verschieden. Für gewöhnlich hat der Schuldner eine Frist von vierzehn Tagen [1]). Von dieser Regel wird aber abgewichen in den sogenannten Nothfällen, d. h. in denjenigen Fällen, wo begründete Ursache ist anzunehmen, daß der Gläubiger das Geld sehr nöthig hat, oder daß der Schuldner durch seine Abreise die Zahlung hinausschieben wird. In diesen Nothfällen hat der Schuldner sofort nach seiner Verurtheilung an demselben Tag zu zahlen [2]).

---

1) Sächs. Landr. II. 5. 2. „over virteinnacht sal man scult gelden." I. 65. 4. „alle scult mut man wol gelden, deme man se gelden sal, er deme dage, dat man se gelden solde."

2) Kul. R. III. 43. 70. „welch man den andirn umme

Hauptfälle des Nothrechts sind folgende: wenn ein Fremder Partei ist [1]), wenn der Verpächter den rückständigen Pachtzins fordert, der Garkoch wegen Beköstigung klagt [2]), das Gesinde seinen verdienten Lohn anspricht [3]). Ja wenn Jemand klagt, der um täglichen Lohn arbeitet, so muß der verurtheilte Schuldner nicht allein am Tag seiner Verurtheilung die Forderung selbst, sondern sogar das zehnfache seiner ursprünglichen Schuld zahlen [4]). Das Deutsche Recht hat seine privilegirten Forderungsrechte ebenso gut gehabt, wie das Römische, und häufig waren sie noch beßer begründet, als wie die bei den Römern. Ferner gehören häufig auch die an Markttagen eingegangenen Schulden zu den Nothfällen, so mußte z. B. in einem solchen Fall nach dem Marktrecht von Haskerland der Schuldner binnen drei Tagen zahlen [5]). Auch zeichnen sich die Nothfälle sowie die rechten Klagen aus Forderungen [6]) von den gewöhnlichen Schuldfällen durch die Bestimmung aus, daß bei ihnen der verurtheilte Schuldner sofort Wette und Buße an den Richter zahlen muß, während bei den gewöhnlichen, gerichtlich abgeurtheilten Schuldverhältnissen der Verurtheilte erst dann Buße und Wette zu zahlen hat, wenn er bis zum vierzehnten

---

schult beclayt und gewynnet her dy myt notrechte, das mus her des selben tages gelden und mus deme richter gewetten." Sächs. Weichbild Art. 91. Schott I. Magdeb. R. 70.

1) Kulm. R. III. 43. Gengler, Lechnich. Rechtsbrief v. 1279. §. 15. Münster. Stadtrecht v. 1326. §. 28.

2) Kulm. III. 85. 86.

3) Kulm. R. III. 81.

4) Kaiserrecht II. 31. Heumann, Bair. Landr. S. 147.

5) Richthofen Marktrecht aus Haskerland §. 3.

6) Siehe §. 20.

Tag mit seiner Bezahlung wartet [1]). Da der verurtheilte Schuldner keine Wette an den Richter zu entrichten hat, so braucht er auch dem Kläger keine Buße zu leisten, denn wo keine Gewette entrichtet wird, ist auch keine Buße zu bezahlen [2]). Allerdings kommen Ausnahmen von dieser Regel vor, so hat z. B. nach dem Recht zu Schweinfurt der Verklagte von je zehn Pfennig Schuldgeld einen Pfennig Wette zu entrichten [3]). Wie der verurtheilte Schuldner nicht verpflichtet ist, dem Kläger Buße zu geben, so ist er auch nicht gehalten, ihm Schadensersatz für den Umstand zu leisten, daß er ihm nicht zur gehörigen Zeit leistete, eins entspricht dem andern. Der Schuldner hätte, sobald der Kläger keine besonderen Beweismittel, keine rechte Klage besaß, mit seinem Eid die Bezahlung der Schuld auf Jahr und Tag verlängern können. Da er dies nicht gethan hat, so zahlt er keine Buße und auch keinen Schadensersatz, wenn er die Schuld nicht an dem bestimmten Tag leistete. Nur dann, wenn er besonders versprach, Schadensersatz zu leisten, ist er zum Schadensersatz verpflichtet [4]). Allerdings

1) Kulm. R. III. 71. 81. Lappenberg l. c. N. 249. 1181. Erzbischof Siegfried über den Verkauf des Hollerlandes „si quis pro debito accusatus fuerit in placito, et si confessus fuerit quod debeat, nihil inde persolvat judici.“ Sächs. Landr. I. 53. 1. Vergl. auch §. 20. über die Klagen.

2) Sächs. Landr. I. 53. §. 1.

3) Gengler, Schweinfurt. Freiheitsbrief von K. Ruprecht 1401. §. 21.

4) Kulm. R. III. 60. „beclayt eyn man den andirn umme schaden den her habe dor abe daz her ym sin gelt ufzsynen benumeten und gelobeten tag nicht betzalet habe. der antworter darf ym nicht umme den schaden antworten. Is en sy denne das her daz ouch gelobit habe. ob her yn vortzyhe unde her des getzoges schaden neme daz her ym do vor vol tun

haben manche Rechte diesen Grundsatz nicht vollständig anerkannt, das Prager Stadtrecht bestimmt sogar, daß ein ausdrückliches Versprechen des Gläubigers „kein Darlehn auf Kosten seines Schuldners bei einem Dritten aufzunehmen, wenn der Schuldner nicht zur gehörigen Zeit zahlt", keine Wirkung haben soll [1]).

Die Zahlung selbst muß in gangbarer Münze erfolgen. Wird eine Münze verboten, so darf noch bis zum nächsten unechten Ding, d. h. noch in den nächsten vierzehn Tagen nach dem Verbot, in der verbotenen Münzsorte gezahlt werden [2]). Die Leistung muß vor Sonnenuntergang entweder in des Gläubigers Haus, oder in dem nächsten Haus des Richters, in deßen Gericht der Proceß gewonnen ist, erfolgen [3]). Weigert sich der Gläubiger die Zahlung anzunehmen, so verliert er nicht wegen dieser Weigerung seine Forderung, sondern sie verbleibt ihm [4]). Uebrigens hat das Deutsche Recht ebensogut sein beneficium competentiae als das Römische. Der Schuldner ist nemlich verpflichtet erst dann zu zahlen, wenn sein Vermögen eine bestimmte Geldsumme, nemlich dreißig Pfennige, übersteigt. Diese Summe reicht hin bei den damaligen Verhältnissen, um ihn für einige Wochen den nothwendigen Unterhalt zu gewähren [5]). Auch hat der Schuldner, der aus Noth oder Armuth vor seinen Gläubigern flieht, das besondere Vorrecht, daß er wegen seiner

---

welle abe tzu richtene. bekennet der gelober, des so sal her das halden." Schott III. Freiberger Stadtrecht XLIX. 32—34.

1) Altprager Stadtrecht v. Rößler. Statutarrecht Art. 25. 27. 68. Vorrede S. LXIV. Heumann, Bair. Landr. S. 127. 130. 31.

2) Sächs. Landr. II. 26. §. 6. III. 40. §. 4.

3) Sächs. Landr. III. 40. 1. Schott I. Magdeb. R. CI.

4) Sächs. Landr. II. 11. 3. II. 14. Schott I. Magdeb. R. CI.

5) Schwäb. Landr. c. 304.

Schulden nicht vor das kaiserliche Gericht geladen werden darf [1]). Denn derjenige, der gegen dieses Gericht ungehorsam ist, verliert sein Recht, welche Strafe man von dem armen Schuldner abwenden wollte [2]). Wenn übrigens die Lebensweise des Schuldners nicht mit seiner angeblich drückenden Armut übereinstimmt, er z. B. in Spiel- oder Wirthshäuser geht, so wird er verhaftet [3]).

Bei den dinglichen Berechtigungen ist nun folgendermaßen zu unterscheiden. Ueberliefert der Inhaber freiwillig die Sache, oder gestattet er ohne Umstände, daß der Dritte sich der Sache unterwindet, so wird von keiner Seite Buße und Wette bezahlt [4]). Ueberliefert der Inhaber in Folge einer Klage die Sache, so ist so zu unterscheiden. Bestand zwischen Kläger und Verklagten nach deßen Wißen kein Verhältniß, das den Verklagten verpflichtete die Sache ohne Klage sofort zu überliefern, und ist der letztere selbst auf an und für sich rechtmäßige Weise in den Besitz der Sache gekommen, so braucht der Verklagte keine Buße und Wette zu entrichten, sobald er nach erwiesener Klage die Sache herausgiebt. Denn in einem solchen Fall braucht er nach Sächsischem Recht nicht einmal die aus der Sache gezogenen Früchte zu ersetzen [5]). Wenn dagegen der Verklagte vor der Klage verpflichtet war, die Sache zu überliefern

---

1) Kaiserr. I. 36.

2) Kaiserr. I. 40. I. 27.

3) Gengler, Stuttgardt. Stadtrecht v. 1492 Art. 17. Reyscher l. c. Adelberger Gerichtsordn. v. 1502. S. 13 Nach dem Passauischen Recht mußte der arme Schuldner nebst seiner Frau alle vier Wochen schwören, er besitze kein Vermögen, dauerte dieses ein Jahr lang, so ist er gehalten auszuwandern. Rechtsbrief v. 1300. §. 19.

4) Vergl. Sächs. Landr. III. 43. 2.

5) Sächs. Landr. II. 44. 2. Ueber die Ausnahme beim Anfang, siehe die Lehre von den Klagen §. 19. u. 20.

so zahlt er Buße und Wette. Denn ausdrücklich wird bestimmt, daß der Kläger, ehe er auf Herausgabe der Sache klagt, ihren Inhaber privatim auffordern soll sie zu überliefern [1]). Diese Bestimmung setzt aber voraus, daß der unrechtmäßige Inhaber, der sich troß der Privataufforderung weigert, die Sache zu überliefern, wegen dieser Weigerung Buße und Wette zahlen soll. Der unrechtmäßige Inhaber fremder Sachen verletzt durch seinen unrechtmäßigen Besitz die Gewersansprüche des Klägers, eine solche Verletzung muß aber wie die einer Person — denn Gewere und Person sind ja eng miteinander verbunden — gebüßt werden.

Zahlt bei Verletzungen ihr Urheber freiwillig an den Verletzten, und will dieser nicht klagen, so hat der Richter keinen Anspruch auf Wette [2]). Wird dagegen der Urheber zur Zahlung von Wergeld und Buße verurtheilt, so erhält der Richter natürlich sein Strafgeld. Nur dann, wenn Jemand zufällig einen Dritten verletzt hat, ist der Richter nicht befugt, Friedensgeld zu fordern. Solche zufällige, persönliche Verletzungen gleichen den Fällen, wo Jemand gegen den Willen des Eigenthümers fremde Sachen auf an und für sich rechtmäßiger Weise erhalten hat. Bei den persönlichen, zufälligen Verletzungen zahlt der Urheber kein Friedensgeld, der zufällige, gutgläubige Inhaber von fremden Sachen zahlt nach seiner Verurtheilung keine Wette [3]).

---

1) Kaiserrecht II 91. „ein iglich man sal wissen, daz der keiser hat bestetiget, in aller der werlt, daz man niemans gut sal ansprechen mit keim gerichte, man en habe von erst den man selber zu gesprochen, zu dem man hat zu sachen.“ Heumann, Bairisches Landrecht Art. 16. 1.

2) Vergl. jedoch §. 18. von den Klagen.

3) Vergl. auch Wilda, Strafrecht der Germanen S. 547—49.

2) Aber nicht immer pflegt der Verpflichtete seine Verpflichtung ohne Verzögerung zu erfüllen, und aus diesem Grund wurden schon in der ältesten Zeit Mittel angewendet, um zu verhüten, daß der Verpflichtete entweder vor oder nach seiner Verurtheilung die Erfüllung verzögere oder verweigere. Solche Mittel kommen natürlich am meisten bei Schuldverhältnissen zur Anwendung, denn bei Klagen auf Grundbesitz oder beim Anfang von Mobilien, kann ja der Verklagte nicht leicht dem Kläger den eingeklagten Gegenstand entziehen. Die Mittel die hier, namentlich bei persönlichen Klagen, vorzukommen pflegen, sind folgende:

a) Der Geldgläubiger läßt sich von seinem Schuldner das Doppelte der Schuld für den Fall versprechen, daß die Schuld nicht zur verabredeten Zeit bezahlt wird [1]), eine Bestimmung, die im Römischen Recht häufig von Seiten des Käufers vorzukommen pflegte.

b) Der Gläubiger verschafft sich eine rechte Klage [2]), er läßt den Schuldcontrakt vor Gericht abschließen, oder der Schuldner gelobt vor Gericht, ohne Hinderniß an einem bestimmten Tag Zahlung [3]), oder der Gläubiger zieht zur Privatabschließung Zeugen [4]). In diesen Fällen ist der Schuldner, wenn er nicht zahlt, ohne Aufschub der Pfändung unterworfen [5]), was übrigens auch dann gilt, sobald

---

1) For. Marc. II. 25. for. Surmo. f. 13. form. Andegav. f. 59.

2) Siehe §. 20.

3) Schott, Magdeb. Stadtr. Art. CXXVIII. Kulm. R. I. 22, III. 113. 124.

4) Dist. III. 10. 6.

5) Rößler, Prager Stadtrecht. Statutarrecht Art. 119. Diese

er im echten Ding wegen seiner Schuld verklagt und verurtheilt wird [1]).

c) Der Schuldner giebt dem Gläubiger freiwillig eine bewegliche oder unbewegliche Sache als Pfand [2]), welche Verpfändung übrigens den Schuldner nicht von seiner Schuld befreit [3]).

d) Der Verpflichtete stellt Bürgen. Die Stellung der Bürgen kann erfolgen vor und nach angestellter Klage, bei persönlichen und bei dinglichen Ansprüchen [4]).

Eine Art von Verbürgung ist auch dann vorhanden, wenn der Verpflichtete Geiseln stellt, oder verspricht, daß er sich selbst würde mit seinen Bürgen, oder diese allein sich würden ins Einlager begeben [5]). Die Geiseln oder die gestellten Bürgen sind verpflichtet in einer bestimmten Stadt oder sogar in einem bestimmten Haus so lange zu verweilen, als bis die Schuld von dem Schuldner getilgt ist [6]). Der

---

schnelle Exekution ist nicht unwichtig für den späteren Exekutivproceß namentlich für die Bildung des Wechselprocesses.

1) Dist. III. 9. 1.

2) Die Folgen dieser Verpfändung gehören nicht hierher, sondern zum größten Theil zu den Grundsätzen über die Gewere.

3) Sächs. Landr. III. 40. 2.

4) Die speciellen Grundsätze über ihr Verhältniß zu dem Hauptschuldner gehören nicht hieher, sondern in die so wichtige Lehre von den Gesammt- und Hülfsverbindlichkeiten.

5) **Haltaus, Glossarium.** Einlager, Geiseln. Rößler, Stadtr. v. Prag. Statutarrecht Art. 33. 26. v. Stillfried, **monumenta Zollerana. N. 101. 107. Lappenberg l. c. N. 671. 674.** Michelsen **l. c.** B. II. N. 5. Distinkt. III. c. 16. Grimm, Deutsche Rechtsalterthümer S. 620.

6) Rößler, Prager Stadtrecht. Statutarrecht Art. 23.

Gläubiger ist verpflichtet bis auf eine gewiße Zeit auf seine Kosten die gestellten Bürgen oder Geiseln anständig aber ohne Verschwendung zu unterhalten [1]), sowie er denn auf seine Gefahr alles das trägt, was den Geiseln oder Bürgen in ihren Funktionen Unglückliches zustößt, und er auch den Schaden, den sie anrichten, ersetzen muß [2]).

Wenn auch der Gläubiger an und für sich verpflichtet ist, die gewöhnlichen Unterhaltungskosten für die eingestellten Bürgen zu tragen, so ist doch der Wirth, bei dem die Bürgen wohnen, nicht gehalten, mit seiner Bezahlung zu warten, bis daß der Gläubiger ihn bezahlt, beziehungsweise der ursprüngliche Schuldner die Bürgen auslöst, und dem Gläubiger seine Forderung sowie Ersatz der ausgelegten Zehrungskosten leistet. Denn der Wirth ist berechtigt die Habe der Bürgen wegen seiner Wirthshausrechnung zu

---

1) Dist. III. 16. 1. „dy leysten, dy sullen czuchtiglichen leysten mit gewonlichen kosten, mit gewonlicheme getrencke, zcu eyner zcitlichen notdorft, in der wochen sullen dy leystere eyn bad haben mit gewonlichen lone, sy sullen ouch or gewonliche futter nemen oren pherden."

2) Dist. III. 16. 2. „wen der leyster leystet mit pherden, sy sten deme zcu faren, uf den man leystet, czwuschen krippen unde rechter trencke. wulde abir eyn man in wite adder ungewonliche trencke riten, geschege do syme pherde schaden, den muste he selber tragen." 3. „wulde eyn man uszrite undir der leistunge in sin selbest geschefte, waz denne siner habe wedderfert, daz ist om selber getan." 13. „clagen dy giseler, das man in giselpfrunde nicht volkumlichen gebe, dem man denne giselt, der schol daz mit dem wirt uztragen, das des nicht gesche . . . da mac in der umme beclage, uff den man giselt, wen derselbe dy koste gelde muz."

pfänden, ohne eine besondere Klage anstellen zu müßen [1]). Die Geiseln dagegen sind in keiner Weise verpflichtet, dem Wirth die Kosten zu ersetzen, die er wegen ihres Unterhalts gehabt hat [2]). Wenn der Hauptschuldner selbst mit seinen Geiseln sich ins Einlager begiebt, so hat er die Kosten dieses Einlagers zu tragen, jedoch hat der Wirth ihm eine gewiße Zeit zu borgen, z. B. ein Vierteljahr lang [3]). Versäumt übrigens der Gläubiger den Zahlungstag, so ist der Schuldner frei von seiner Verpflichtung einzureiten [4]).

Noch bleiben am Schluß diejenigen Gründe zu erwähnen übrig, die sowohl den Klagberechtigten als den zu Verklagenden oder den bereits Verklagten wegen des Verzugs und der Verschweigung entschuldigen. Denn ebenso frühzeitig als Ungehorsam und Verzug vorkommen, ebenso frühzeitig sind auch Gründe vorhanden, die ihr Vorkommen entschuldigen. Die Entschuldigungsgründe sind nun verschiedner Natur und Beschaffenheit.

1) Die Unwißenheit und der Irrthum.

---

1) Dist. III. 16. 6. „wulde eyner eyn nicht ledige, unde wulde der wert uffe dy habe unde truwe nicht burgen mer, der mag dy habe unde das phant vorkummern umbe sin schultgeld ane clage.“ Siehe auch oben §. 14.

2) Dist. III. 16. 10. „sy (dy gysele) werde glediget adder nicht, doch en sin sy deme werte nicht phlichtig zcu irstaten ab he schaden nempt an sinen kosten.“

3) Rößler, Statutarrecht Art. 26. „wer inleger leisten sol nach dem statrecht der sol nacht und tag inneligen und demselben sol der wirt nur drei gros vor ein mal rechen, und der selbe mak ein virteil eines jares inligen, das er die kost nicht bezalt nach dem virteil so sol er den wirt bezalen mit bereiten pfennigen.“

4) Sächs. Landr. II. 11. 3.

Irrthum und Unwißenheit werden im Deutschen Recht weit mehr, als wie im Römischen, als hinreichende Entschuldigungsgründe zugelaßen [1]), und ihr Beweis ist bei den Deutschen weit weniger schwierig, als wie bei den Römern. Denn da beide Zustände mehr innerlicher als äußerlicher Natur sind, so genügt bei dem subjectiven Beweisverfahren der Deutschen zum Beweis ihres Daseins, daß der Unwißende, der Irrende seine Unkenntniß mit seinem Eid beschwört [2]). Vor allem wird nun dann die Unwißenheit als Entschuldigungsgrund angenommen, wenn sie aus Abwesenheit entstanden ist.

Für die Handlungen nemlich, die in oder von dem Gericht eines bestimmten Gerichtsbezirks vorgenommen werden, gilt als Regel, daß sie auf die Rechte solcher Personen keinen Einfluß ausüben, die sich aus dem betreffenden Gerichtsbezirk zufällig entfernt haben, ohne eine besondere Einwilligung oder Anerkennung dieser gerichtlichen Handlungen zu ertheilen oder ertheilen zu laßen. Diese Regel stützt sich auf den allgemeinen Grundsatz, daß die gerichtlichen Handlungen zunächst nur für solche Personen und Sachen gelten, die sich innerhalb der Grenzen des Gerichtsbezirks befinden. Dieser Grundsatz, der sich bereits bei der Verfestung als wahr bewährt hat und wesentlich zur Gründung und Ausbildung des Territorialprincips beiträgt, ist eine Folge von der Geschloßenheit der Gerichte.

Wie weit nun der Einzelne von seinem Gericht entfernt

---

1) Vergl. die Lehren vom Irrthum und von der Unwißenheit. §. 5. Natürlich gelten sie dann nicht, wenn der Betreffende ein Verbrechen beging und flieht.

2) Vergl. auch §. 5. u. §. 24.

sein mußte, um als abwesend zu gelten, ist verschieden. Das Kaiserrecht hat als allgemeines Maß der Entfernung die Strecke angegeben, die Jemand in drei Tagen abweidet [1]).

Die Fälle, in denen übrigens die Abwesenheit einen Entschuldigungsgrund gewährt, sind zahlreich, und unter ihnen zeichnen sich folgende aus.

Derjenige, welcher in seiner Abwesenheit verklagt wird, kann nicht wegen Ungehorsams verurtheilt werden, wenn er vor Gericht ausbleibt [2]). Der Grundberechtigte, deßen Grundbesitz in seiner Abwesenheit von einem Dritten einem andern vor Gericht übertragen wird, behält sein Recht an seiner Immobilie. Gewöhnlich dauert die Entschuldigung so lang, als die Abwesenheit besteht [3]). Von diesem Grundsatz weichen jedoch manche Rechtsbücher ab, denn nach dem Sächsischen Recht verschweigt sich bekanntlich der Sachse in seiner Abwesenheit in einunddreißig Jahren, sechs Wochen und drei Tagen an seinem Erbgut [4]).

---

1) Kaiserr. II. 71. „uzwendig landes daz ist verre drier tage weide, waz er naher ist, so heiszet er daheim." Das Bairische Landrecht. Heumann S. 55. hat als Grenze die vier Wälder „und der bey dem lande nicht were, d. h. ausserhalb der vier wälder d. i. düringerwald, behaimerwald, swartzwald und schärenzerwald." Vergl. auch Alb. S. 114. N. 249.

2) Vergl. Jütisch Low II. 110. §. 5. Heumann l. c. S. 110.

3) Grimm W. I. Lossburg. p. 391. „wer ain mayer nit jn lande, so soll er seiner recht in ainen tag und hundert jaren nit beraubt sein."

4) Sächs. Landr. I. 29. an egene und an huven mach sik di sasse versvigen binnen drittich jaren unde jar unde tage unde er nicht." Vergl. darüber auch §. 15. Abth. 1. Schwäb. Landr. c. 371. Es ist möglich, daß die dreißig Jahre mit den dreißig Tagen in Verbindung stehen, die verlaufen sein müßen, ehe Erbschaftsgegenstände aus-

Wenn gleich nun die Abwesenheit eine rechtliche Vermutung für die Unwißenheit giebt, und manche Rechte nicht ausdrücklich eine Unwißenheit zugleich noch zu verlangen scheinen [1]), so fordern dagegen andere Rechte noch besonders, daß der Abwesende während seiner Abwesenheit die gerichtliche Handlung auch nicht gekannt hat [2]).

Kehrt der Abwesende in seinen Gerichtsbezirk zurück, so ist an und für sich mit dieser Rückkehr nicht nothwendig verbunden, daß er von dem Augenblick der Rückkehr an so angesehen wird, als habe er seine Unwißenheit verloren und Kenntniß von der Sache erhalten, sondern es richtet sich dieses nach den einzelnen Verhältnissen. Denn ausdrücklich verlangen viele Stellen nicht allein, daß der berechtigte Abwesende, deßen Gut übertragen worden ist, zurückkehrt, sondern auch, daß er Nachricht von den betreffenden richter-

---

zuliefern sind. Heumann S. 150. „**in dem gericht sal man aggen bestaten jar unt tag und fur erben die ausserhalb landes sind 10 jar und 1 tag.**" Ueberhaupt haben viele spätere Stadtrechte, durch den Einfluß des Römischen Rechts bewogen, eine bestimmte Zeit festgesetzt.

1) Kaiserr. II. 71. . . . „**wer uswendig landes ist, und hat yeman dan gut gelaszen es sy wenig oder vil, daz daz nieman hinder im mag abhendig machen.**" Sächs. Landr. I. 28.

2) Kulm. R. III. 107. „**wyrt eynem manne der bussen landis ist umme koufenschaft adir andirs gewerbis, syn erbe adir syn gut abegeclagt umme scholt. der mag sich do wedir dartzu tzyen und vortreten bynnen jare und tage noch der tzyt, alse is ym irsten wissentlich wirt das syn gut vorclayt ist. Adir her sal sweren das ym *das nichte wissentlich* gewest sy das ym syn gut abgeclayt were.**" III. 107. Vergl. auch Gengler, Diessenhofen Handfeste v. 1260. „**si autem dominus subterfugii servi sui fuit ignarus extra provinziam exsistendo, nihil sibi juris deperibit.**"

lichen Handlungen erhält[1]). Andere Rechte dagegen nehmen an, daß der Rückkehrende mit seiner Rückkehr auch sofort Kenntniß von der Sache erhalte, und ihm von dieser Zeit an die Sache als bekannt gelten müße[2]). Ist der Abwesende ein Verklagter, so muß er nun in einem neuen Termin und zwar an dem nach der Zeit seiner Ankunft zunächst eintretenden bestimmt werden. Der Klagberechtigte dagegen hat von der Zeit seiner Rückkehr an, beziehungsweise von der Zeit seiner Kenntnißnahme an, seine Klage anzustellen, und ehe die ihm verstattete Zeit abläuft, sein Recht geltend zu machen.

Wenn aber der Klagberechtigte freiwillig wieder den Gerichtsbezirk verläßt, ohne überhaupt sein Recht geltend zu machen, oder ohne als Kläger nach bereits angestellter Klage den Termin abzuwarten, in dem der Verklagte erscheinen soll, oder dagegen der Verklagte sich freiwillig vor dem zu seiner Vertheidigung bestimmten Zeit wieder aus dem Gerichtsbezirk entfernt, so gilt in Bezug auf die Berechnung der Zeit, innerhalb welcher der Berechtigte sein Klagrecht durch Stillschweigen verliert, der Verklagte sein Vertheidigungsrecht durch Ungehorsam einbüßt, die Bestimmung, daß der von neuem Abwesende so angesehen wird,

---

1) Grimm I. Lossburg. S. 391. „wer ain mayer nit jn lannde wann er *zu landde käme und hörtte*, das yemandt seiner güetter jn hett.“ Vergl. auch Heumann, Bairisch. Landr. S. 109.

2) Kaiserr. II. 71. Sächs. Landr. I. 28. Gosl. Statut hgg. v. Göschen S. 25. 18–21. S. 26. 18–21. Dist. I. 43. 5. Gengler, Passau Rbf. v. 1300 §. 49. „wer ain aigen in diesem purkfried hat Jar und Tag unversprochen, der sol das fürbas mit Rwe haben von den, die Inner lannt sind.“ Duderstadt. Stadtrecht aus dem 14. Jahrh. §. 9.

als wäre er in seinem Gerichtsbezirk anwesend geblieben. Derjenige, welcher zurückkam, und von dem Verhältniß Kenntniß erlangte, ist verpflichtet, sofort die zur Wahrung seines Rechts nöthigen Schritte zu thun [1]). Dem Deutschen Recht ist in Bezug auf die Verschweigung der Unterschied des Römischen Rechts unbekannt, nach welchen zwischen den Jahren der Anwesenheit und der Abwesenheit unterschieden wird. Denn derjenige, der zwar anfangs abwesend, später aber anwesend ist, wird nach Deutschem Recht so angesehen, als wäre er immer von Anfang an anwesend gewesen. Aus diesem Grundsatz des Deutschen Rechts folgt auch, daß wenn Jemand ursprünglich zu der Zeit, als die gerichtliche Handlung erfolgte, in seinem Gerichtsbezirk anwesend war, später aber ihn verläßt, so behandelt wird, als wäre er immer in seinem Gerichtsbezirk geblieben [2]).

Zu den Fällen der Unwißenheit gehört auch der Fall, wo der Betreffende noch unmündig ist. Denn erst mit dem Moment, wo er mündig geworden ist, beginnt ihm die gemeßene Zeit zu laufen [3]).

2) Die echte Noth.

Schon in den ältesten Volksrechten werden Fälle mit dem Ausdruck sunnis bezeichnet, die den Fällen gleich stehen, die man später mit dem Ausdruck echte Noth zu benennen pflegt [4]).

---

1) Kaiserr. II. 71. „swiget er auch *und fert wider uz dem lande*, und kumet wider uber des keisers gesatzter zit, eren mag ez numer *me wider* gewinnen."

2) Wie weit die Fälle der echten Noth eine Ausnahme begründen, siehe im Folgenden.

3) Gosl. Statut. S. 19. 30—55. Vergl. auch Albrecht S. 115.

4) Pertz. II. Chloth. reg. cap. 550. c. 1. „ut cuicumque do-

Die Rechtsbücher haben in ähnlicher Weise, wie die Volksrechte, als Fälle echter Noth vorzugsweise hervorgehoben, Reichsdienst, Gottesdienst außer Landes, namentlich Wallfahrt, Gefängniß, Landesnoth [1]), Ueberschwemmung des Waßers, Vorladung vor ein höheres Gericht, Besetzung des Wegs durch die Feinde [2]). Ueberhaupt kann angenommen werden, daß bei Angabe der Fälle echter Noth ihre Aufzählung keineswegs alle möglichen Fälle enthalten soll, sondern daß nur die wichtigsten und häufigsten hervorgehoben werden. Die Fälle der echten Noth sind nun entweder zufällige Unglücksfälle und Gefahren oder höhere rechtliche und sittliche Verbindlichkeiten oder Berechtigungen. In diesen Fällen der echten Noth offenbart sich vorzugsweise, wie die reine Privatpflicht oder das reine Privatrecht vor den höheren Anforderungen des Stammes, des Herrschers, der Kirche zurücktritt.

Der Beweis der echten Noth richtet sich nach den Umständen, nur wird bei einer jeden echten Noth verlangt, daß derjenige, der sich auf sie beruft, sich nicht etwa in diese begeben, oder soweit er solches vermag, sie absichtlich ver-

---

mus arserit, et res quas liberaverit ubi reponat non habet, similiter si eum infirmitas detenuerit, aut certe de proximis aliquid mortuo in domo sua habet vel in dominica ambassia fuerit detricatus, per ista *sunnis* se homo si probatione dederit, excusare se poterit." Capt. III. c. 44. form. Andeg. f. 14.

1) Sächs. Landr. I. 28. 38. §. 2. 70. §. 2. II. 7. Sächs. Lehnr. 24. §. 5–7. 43. §. 2. 65. §. 5. 6. 72. §. 6. 7–9. Kulm. R. II. 18. III. 88. V. 42. 63. Schwäb. Landr. c. 355. Richtsteig, das Lehnrecht c. 9. 14. Grimm W. I. Fossenheide S. 582. Schott I. Magdeb. R. CXI. Distinkt. III. 7. d. 1–5. III. 4. 3.

2) Richthofen die vierundzwanzig allgem. Landrechte I. Jüt. Low I. 50. §. 5.

anlaßt hat, um Ansprüchen zu entgehen, oder sie zur Geltung bringen zu müßen. Der Betreffende muß schwören, sie sei von seiner Seite *ane alle gevaerde*, ohne alle Hinterlist, eingetreten [1]). Denn sonst entschuldigt die ehehafte Noth nicht. In den meisten Fällen der echten Noth hat der Betreffende einen Boten zu senden, den der Gegner annehmen muß, und dem er den Eid, daß echte Noth eingetreten ist, auch erlaßen kann [2]). Der Gefangene, der keinen Boten schicken kann, beweist seine Noth mit seinem Eid nach seiner Entlaßung aus der Gefangenschaft [3]). Der Reichsdienst dagegen wird bewiesen mit Briefen und Boten des Reichs [4]). Bei Klagen um Gut hat der Verklagte, der krank ist, und den seine Krankheit verhindert, an den drei üblichen Terminen zu erscheinen, für den neu eingesetzten Termin einen sachkundigen Vertreter seiner Person zu ernennen, oder die Schöffen begeben sich in das Haus des Kranken, und er vertheidigt sich auf seinem Krankenlager [5]).

Die Wirkungen der echten Noth dauren nun so lange, als sie selbst dauert. Tritt sie ein, nach dem bereits Jemand klagte, oder verklagt ist, oder nachdem bereits eine gerichtliche Handlung stattfand, so sind die Wirkungen folgende. Hängt die echte Noth rein vom Willen des Betreffenden ab, wie z. B. die Betfahrt, so giebt sie nur dann, wenn sie vorher angelobet ist, eine Entschuldigung [6]). In anderen Fäl-

1) Schwäb. Landr. c. 355. Dist. III. 5. 3. III. 7. 4.

2) Sächs. Lehnr. 24. §. 8. Kaiserr. II. 91. Sächs. Weichb. Art. 45. und ihre Glosse. Dist. III. 7. 2.

3) Dist. III. 7. 3.

4) Dist. III. 7. 5.

5) Sächs. Landr. II. 91.

6) Dist. III. 7. 4. Jüt. Low I. 50. §. 8.

len dagegen entschuldigt sie allerdings, jedoch hat der Betreffende, soweit ihm solches möglich ist, dafür zu sorgen, daß er seinen Gegner von der ehehaften Noth benachrichtigt, oder überhaupt sein Recht verwahrt [1]).

---

§. 18.

Die Klagen.

Allgemeine Grundsätze.

In inniger Verbindung mit der Verschweigung stehen die Klagen. Denn sind ja von Seiten des Berechtigten fast das ausschließliche Mittel, um den etwaigen aus seinem Verzug oder seiner Verschweigung eintretenden Folgen zuvorzukommen und zugleich den Verpflichteten in Verzug zu bringen. Wie der Verzug seinen Anknüpfungs- und Ausgangspunkt im Gericht hat, so auch ist für die Klagen, namentlich für ihre Eintheilung [2]) und für ihre Durchführung, das Gericht das Mittel, ohne welches sie nicht denkbar sind. Der Verzug veranlaßt nun den Berechtigten seine Ansprüche vor das Gericht zu bringen und sie gleichsam als öffentliche durch das Gericht verfolgen zu laßen. Denn die Befugniß, sich selbst ohne Zuziehung des Richters Recht zu schaffen, ist bereits sehr frühzeitig trotz der subjectiven Natur des Rechts nur in höchst wenigen Fällen er-

---

1) Dist. III. 7. 1. I. 43. 5. IV. 43. 6. Jštsch. Low I. 50. §. 17. 18.

2) Siehe §. 19.

laubt [1]). Der Einzelne, dem man sonst zwar viele Freiheit gönnt, wird ernstlich ermahnt, sich nicht selbst Recht zu schaffen, sondern sich an den Richter zu wenden, um zu seinem Recht zu gelangen. Denn nur mit der Klage soll man sein Recht suchen [2]).

Für das Recht und für die Pflicht zu klagen gelten folgende Grundsätze, bei denen zu unterscheiden sind:

1) Die Ansprüche aus Verbrechen,

2) Die Ansprüche aus civilrechtlichen Verhältnissen.

1) Die Ansprüche aus Verbrechen.

Ist ein Verbrechen begangen worden, so braucht der Verletzte nicht nothwendigerweise zu klagen, denn Niemand kann zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts gezwungen werden [3]). Diese Berechtigung geht sogar soweit, daß selbst dann, wenn Jemand ohne Gerüfte zu erheben seine Wunde einem oder zweien von den Schöffen zeigt, er, trotz dieser Offenheit gerichtlichen Personen gegenüber, nicht verpflichtet ist, eine Klage wegen des Verbrechens anzustellen [4]). Der Verletzte hat daneben auch die Befugniß, sobald er nicht gänzlich wegen seiner Verletzung schweigen will, entweder mit einem blosen Privatvergleich

---

1) Vergl. §. 6. Die Eigenmacht.

2) Dist. I 46. 9. Jütsch. Low II. 73. 2.

3) Jütisch. Low II. 64. Sächs. Landr. I. 62. 1. „man ne sal niemanne dvingen to nener klage.“ Schwäb. Landr. c. 79. Heumann, Bair. Landr. S. 56. Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer. Stadtrecht v. 1270. IX. 3. Statut v. 1202. M. II. Kulm. R. II. 64. Gengler, Freiburg. Rechtsbrief v. 1160. §. 20. „si vero burgenses inter se rixati fuerint, non sunt cogendi ad faciendam querimoniam, nec dominus civitatis vel judex monere debet.“

4) Kulm. R. II. 49.

sich zu begnügen oder die Sache nicht durch das ordentliche Gericht, sondern durch ein Schiedsgericht entscheiden zu laßen [1]). Dieses Recht des Verletzten ist jedoch nicht so stark, daß dasselbe im Stand wäre, bei Verbrechen gänzlich alle öffentliche Strafgewalt auszuschließen, sondern diese ist trotz der Unthätigkeit des Verletzten oder trotz der Privatvereinigung berechtigt, das durch den verletzten Frieden fällig gewordne Friedensgeld von dem Verbrecher in Anspruch zu nehmen [2]). Dieser Grundsatz führt allmälig zu der Bestimmung, daß eine große Anzahl von Verbrechen, namentlich die mit hohen Bußen bedrohten, ihren überwiegend privatrechtlichen Charakter verliert, und der Verletzte in Rücksicht auf die öffentliche Sicherheit angehalten wird, die Klage gegen den Verbrecher anzustellen [3]). Eine solche

---

1) Wilda, Strafr. S. 199–206. Schott III. Freiberg. Stadtr. XLIX. 42.

2) Schwäb. Landr. „ez müge ein jeglich man sinen schaden wol verswigen aber daz gerihte hât sine vorderunge hin ze dem, der den vride gebrochen hât, dar nâch als diu schulde ist.“ Wilda l. c. S. 207–208.

3) Heumann, Bairisch. Landr. S. 54. „chain Richter sol nyeman twingen noch nöttn zu chainer clag, er well dann gern klagen . . . . an umb fliessent pogwuntln die mit scharffem ort geschehen, und an tot slege, notnunft offenbar haimsuchen, die mit gewaffenter hant geschicht, und umb offenbar diepstal, die ainer uf den diep wol ertzeugen mag, . . . *der sol clagn* aber in selber an schaden.“ Lappenberg l. c. Stadtr. v. 1270. IX. 3. „van hogen saken boven XII. schillingen mogen se enen man wol dwingen to der clage.“ Statut. v. 1292. M. III. Schott III. Freiberg. St. R. Art. XLIX. 41. „Wirrit sich ein man mit eime andern, daz si sich slan, ader reufen, ane totslege, und ane campern wunden, und berichten si sich des und vereben sich ungeclait, si in dürfen noch en sullen dar umme nimanne keine buze tun.“

Regel bildet einen Uebergang zu dem Verfahren, wo überhaupt bei den Verbrechen nicht die Genugthuung des verletzten Privatmanns, sondern die Aufrechterhaltung der gefährdeten öffentlichen Rechtsordnung und Sicherheit den Hauptzweck bei der Bestrafung ausmacht. Am frühsten und am schnellsten entwickelt sich diese Auffaßung von der Natur der Vergehen in den Städten, wo die durch gleichen Wohnort, durch gleiche Gewerbe, durch vielseitigen und raschen Verkehr zwar vielfach wechselnde aber zugleich abgeschloßene Lebensweise eine größere Aufmerksamkeit der Behörden und eine strengere Bestrafung aller Ruhestörungen und Verbrechen erfordert. Der einzelne Privatmann hat sich daher hier in einem weit höheren Grad als wie auf den zerstreut liegenden Höfen und Dorfwohnungen sich der öffentlichen Staats- und Strafgewalt unterzuordnen [1]). Ja einzelne Stadtrechte bestimmen sogar eine Strafe für den Verletzten, welcher nicht an dem nächsten Gerichtstag nach begangenem Verbrechen auf Bestrafung des Verbrechers klagt [2]).

Die Regel, das Vergehen im Namen des Staats zu verfolgen, wurde natürlich von der Staatsgewalt in dem Fall am meisten begünstigt und am frühsten angewandt,

---

1) Dist. IV. 45. 9. „in wichbilde mag eyn rod wol lute twingen czu klagen, ab lute sache wulden vordulden, dy eyner ganczen gemeyne obel bequemen unde unfugsam were und schaden brechte.“

2) Gengler, Leobschütz Handfeste v. 1270. §. 30. „item si vulneratus a quocunque pro superbia non conqueritur lesionem suam in proximo judicio post acceptum vulnus, eo ipso suam perdet actionem in posternm et satisfaciet judici, prout ipse lesor et reus facere debuisset convictus.“

wo das Verbrechen, wie z. das crimen laesae majestatis, unmittelbar gegen den Staat selbst ging [1]).

Ferner entspricht es dem Zweck der selbst noch wenig ausgebildeten öffentlichen Strafgewalt, daß sie in allen den Fällen den Verbrecher verfolgt, oder verfolgen hilft, wo der Verletzte gegen seinen Willen, z. B. durch Gewalt oder Furcht, gehindert wird, die Anklage zu erheben [2]).

Dagegen enthalten keine wirklichen, sondern nur scheinbare Ausnahmen von der ursprünglichen Regel, daß es nur von dem Willen des Verletzten abhängt, ob geklagt werden soll, oder nicht, die Fälle, wo der Verletzte, der das Gerüfte erhoben hat, oder seinen Gegner gefangen hat, nicht mehr beliebig von seiner Klage abstehen kann [3]). Denn das Gerüfte ist der Anfang der Klage, der Verletzte hat durch die Aufforderung an seine Nachbarn, ihm zur Verfolgung des Verbrechers beizustehen, das gegen ihn verübte Vergehen nicht auf seine Person mehr beschränkt, sondern gleichsam zu einem Vergehen gegen seine sämmt-

---

1) Pertz. II. Curia Pisana 1313. „sancimus ut in quocunque lese majestatis crimine possit procedi per *accusationem, inquisitionem* seu *denuntiationem.*"

2) Heumann, Bairisch. Landr. S. 54. „es wär dann daz ein armer man mit seinem ubergenossen icht ze schaffen hiet, den er vor vorchten icht beclagn getörft, den sol der richter haissen clagn und sol im des rechten helffen, ob der arm gern clagen wil und den richter darumb pit."

3) Sächs. Landr. I. 62. 1. „scriet he dat gerüchte, dat mut he vulvorderen mit rechte, wende dat gerüchte is der klage begin." Gengler, Salzwedel. Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 55. Pertz. II. treuga Dei Heinri. 1230. c. 12 „quicunque pacem in se lesam proclamaverit, nisi in proclamatione *ante judicem perseveraverit*, pacem violarit."

lichen Stammesgenoßen erhoben. Er hat durch seine laute Aufforderung um Hülfe seine Verwandten, Freunde, Landsleute zu Zeugen und Rächer des Verbrechens aufgefordert, so daß er nun nicht mehr durch seine blose Privatwillkür diese veröffentlichte, vor die Augen seiner Mitgenoßen und seines Gerichts gebrachte That wieder vergeßen und vergeben kann. Derselbe Grundsatz muß in ähnlicher Weise für den Fall gelten, wo der Verletzte den angelichen Verbrecher gefangen genommen hat. Denn durch die Gefangennahme hat der Verletzte zu bestimmt und zu offen seinen Willen erklärt, gegen den Verbrecher einzuschreiten, als daß er nun noch beliebig ohne Umstände seinen Willen wieder ändern könnte.

Ist nun das Gerüfte erhoben oder die Klage vor Gericht angestellt, so hat dieses folgende Wirkungen. Der Kläger hat nicht mehr das Recht, beliebig nach seiner Willkür auf privatem Weg sich mit dem Verklagten zu vereinigen. Denn während sonst die Privatvereinigungen, die Entscheidungen durch Schiedsgerichte sehr viel Anerkennung finden, sobald sie nur nicht gegen die Ehre und gegen das Recht streiten [1]), so darf von nun an der Kläger bei Androhung von hoher Buße ohne Einwilligung des Richters keinen Vergleich mit dem Verklagten mehr abschließen [2]).

---

1) Gengler, Leobschütz Stadtr. v. 1270. §. 50. „compromissio facta per viros idoneos et soluta praejudicat *omni juri*, dummodo contra justitiam non fiat vel communem honestatem.“ Schott III. Freiberger Stadtr. XLIX. 42.

2) Gengler, Passau Rechtsbeief v. 1225. §. 8. „quicunque pacem violaverit civitatis propter mortem et lesionem membrorum si malefactor cum leso se composuerit et cum judice

Die Folgen, welche eintreten, wenn dieses Verbot von den Parteien übertreten wird, sind nun verschieden.

Erläßt der Kläger ohne gerichtliche Zustimmung dem Verklagten die Eidesleistung, so hat der Verklagte oder der Kläger dem Richter zur Strafe Wette zu leisten [1]). Diejenigen Rechte freilich, bei denen noch die privatrechtliche Natur der Vergehen die Rücksicht auf das öffentliche Recht überwiegt, stellen den Erlaß des Eides ganz in die Willkür des Klägers [2]). Aber nicht allein der Kläger oder der Verklagte sondern alle beide zugleich haben Wette zu entrichten, wenn sie sich gegenseitig nach vollendeter Klage ohne Erlaubniß des Richters abfinden [3]). Wenn

---

componat cum quinque talentis." Dist. IV. 43. 8. constt. reg. Sic. II. tt. 16.

1) Kulm. R. II. 38. „so eyn man eynen eyt gelobit vor gerichte umme unbillyche wort, roufen, slagen des en mag man yn nicht ledig gelossen, is en sy denne mit des richters wille." Schott I. Magdeb. Stadtr. LX Gengler, Altenburg. Privileg. v. 1256. §. 4. „quicunque juramento expurgandus fuerit' et relaxationem juramenti actore assecutus fuerit, scultetus vero relaxare et supportare ipsum gratis noluerit, reus duos pedes porcinos ei dabit vel duos pullos." Böhme, diplom. Beitr. Thl. VI. Schöffurth. S. 144.

2) Gengler, Soester Willkür aus d. 13. Jahrh. §. 55. „quicunque autem hominum se per juramentum expurgare tenebitur, in arbitrio stabit actoris utrum juramentum accipere velit an non. Et super eo nullum ad ipsum judicem respectum habebit." Dieser Richtung entspricht auch, daß nach dem älteren Recht sich die Parteien noch vor dem Zweikampf vereinigen durften. Canciani L. II. S. 393. concilium Bavari c. 11.

3) Kulm. R. II. 45. „were abir die clage vol vordirt unde machten denne eyne hole sune ane des richters wille, so ge-

übrigens der Kläger so frevelhaft ist, sich im geheimen mit dem Verklagten zu verständigen, während er dem Scheine nach vorgiebt, seine Klage nicht durchführen zu wollen oder zu können, und sich weigert troß der Aufforderung des Richters die Klage fortzuführen, so muß er dem Richter nicht Wette, sondern ganz die Strafsumme zahlen, die der Verklagte bei erwiesenem Vergehen hätte entrichten müßen [1]). Uebrigens darf derjenige, der einen andern verfesten ließ, ohne ihn weiter zu verklagen, ihn ganz freilaßen, und der Richter erhält keine Wette [2]). Vermag dagegen der Kläger troß seines besten Willens die Klage nicht durchzuführen, so sind die Folgen seiner Abweisung nach den einzelnen Rechten verschieden.

Zwei verschiedene Ansichten stehen sich hier gegenüber, von denen sich die eine mehr der älteren privatrechtlichen Natur des Strafrechts anschließt, die andere dagegen die weiter fortgeschrittene öffentliche Strafgewalt berücksichtigt. Nach dem größten Theil der Volksrechte und nach dem sich ihnen anschließenden Sachsenspiegel hat der abgewiesene Kläger nur dann Buße an den Verklagten, Wette an den Richter zu zahlen, wenn er im Zweikampf vom Angeschuldigten überwunden wird [3]).

---

wynnet der richter syn gewette af yelichen.“ Böhme, dipl. Beitr. VI. S. 98.

1) Gengler, Wien. Stadtbrief v. 1221. §. 46. „praeterea si aliquis faciat querimoniam de alio et ille qui conqueritur, postea velit dissimulare occultam cum eo faciens compositionem, quae dicitur Halssune, judex debet eum cogere ut querimoniam suam prosequatur. Si noluerit eam prosequi, solvat judici penam (Wandel) quam reus solvere debuerat.“ lex Baj. VIII. 15. Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. LXXX.

2) Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffur. S. 98.

3) Lex Burg. tt. 82. 2. lex Fris. III. 9. Sächs. Landr. II.

Diese Regel steht in engem Zusammenhang mit dem ganzen Beweisverfahren und mit der vorherrschenden, privatrechtlichen Beschaffenheit des älteren Deutschen Rechts. Wo der Kläger ursprünglich persönlich vorladet, wo der Angeklagte berechtigt ist mit seinem blosen Eid nöthigenfalls die Klage von sich abzuweisen, darf den Kläger keine Strafe treffen, wenn er mit seiner Klage nicht durchdringt. Wo der Kläger berechtigt ist bei seinen Klagen aus Verbrechen die Verletzung seiner Person, seiner Freiheit, seiner Ehre, seiner Gewere zunächst zu verfolgen, darf keine Staatsgewalt den Kläger sehr strafen, weil er seine Privatansprüche troß des besten Willens nicht durchzuführen vermag. Nur in allen den Fällen, wo der Kläger so fest auftritt, als wäre sein Klagerecht über allen Zweifel erhaben, wo er sich an der sonst unantastbaren Person des Gegners zu vergreifen und sie in Banden gefeßelt vor das Gericht zu bringen wagt, wo er seinen Proceß durch die Ordalien, den gefährlichsten und äußersten Beweismitteln, entscheidet, trifft mit Recht den übermütigen, sich seines zukünftigen Sieges sicher wähnenden Klägers eine harte Strafe. Denn seine so stolzen Siegeshoffnungen sind ja nicht in Erfüllung gegangen, und seine mit so vieler Sicherheit unternommene Klage nahm ein klägliches Ende[1]). Solche Umstände geben die rechtlich begründete Vermutung, daß der Kläger nicht allein wohl übermütig und leichtsinnig verfuhr, sondern sogar arglistig nnd böswillig,

---

8. „vulvorderet he (der Kläger) sine klage al untgat he ime mit rechte, he ne lidet dar *kene* not umme he ne hebbe ine *kempliken* vore gebracht."

1) Schwäb. Landr. c. 353. Kulm. R. III. 38. Vergl. auch die Eintheilung der Klagen §. 19—20. Sächs. Landr. I. 63. §. 4.

als er die Klage anstellte. Nach dem Charakter des Germanischen Rechts für Alles eine Art Vertretbarkeit anzunehmen, Personen durch Personen, Sachen durch Sachen, Handlungen durch Handlungen zu ersetzen und zu vertreten, tritt auch hier eine Art Vertretung ein. Den Kläger nemlich trifft eine Strafe, die der Strafe für das von ihm zwar behauptete aber nicht bewiesene Verbrechen gleich steht. Diese in besonderen Fällen eintretende Strafe der Talion hat aber der Schwabenspiegel überhaupt als allgemeine Regel für alle Fälle aufgestellt, wo der Kläger seine Criminalklage nicht beweisen kann [1]).

Uebrigens hatte bereits das Bajuvarische Recht, das ja mit dem Schwabenspiegel im Zusammenhang steht, die Talion als Strafe für denjenigen eintreten laßen, der aus böser Gesinnung eine Anklage anstellte [2]). Und wenn auch die Bestimmung der Capitularien, daß der Ankläger sich in einer Schrift verbindlich macht für den Fall, daß er seine Klage nicht beweist, die Strafe auszustehen, welche nach

1) Schwäb. Landr. c. 342. „mahtu in des niht überkomen als reht ist, sô muosta liden swaz er solte liden." Grimm W. I. Kyburger Oefnung S. 18. §. 6. „wer ouch den andern man oder frowen schuldiget und zichet, das im ere libe oder glid antrifft, und das uff die selben personen, so er geschuldiget hat, nit bringt, der oder die sol in sölicher geschudigotten personen fusstapfen stan, und alles das darumb dulden und liden, das sy geduldet und gelitten müstend haben, ob es uf sy gebracht worden were." Vergl. auch Richthofen, Westerwolder Landr. c. 13. §. 13. Kür. v. Wimbritzeradeel §. 24.

2) Lex Baj. tt. VIII. c. 17. §. 1. „si quis contra caput alterius falsa suggesserit vel pro quacunque invidia de injusta re accusationem commoverit, ipse damnum vel poenam, quod alteri intulit, excipiat." Siehe auch lex Sali. tt. 21.

bewiesener Klage den Verklagten getroffen haben würde[1]), zu sehr Römischen Ursprungs ist, um als echte Deutsche Quelle zu dienen, so ist sie doch sicherlich nicht ohne Einfluß auf das Deutsche Recht geblieben.

2) Die Ansprüche aus civilrechtlichen Verhältnissen.

Wenn bei Vergehen der Verletzte gewöhnlich nicht gezwungen werden kann, eine Klage anzustellen, so gilt dieses natürlich in einem noch weit höheren Grad bei Civilansprüchen. Denn hier ist ja nicht einmal die öffentliche Sicherheit bedroht, welche vielleicht die öffentliche Strafgewalt veranlaßen könnte, selbstthätig einzuschreiten. Ja selbst für den Fall, wo das civilrechtliche Verhältniß das Strafrecht berührt, z. B. Jemand auf ganz unrechtmäßige Weise den Besitz einer Sache erhalten hat, darf der Richter nicht von freiem Stücken handeln[2]). Während nun aber vor Anstellung der Klage die Parteien bei den civilrechtlichen Verhältnissen sich nach ihrem Belieben gegenseitig vereinigen dürfen, ist ihnen solches, wie bei den strafrechtlichen Verhältnissen, nach Anstellung der Klage untersagt. In dieser gleichmäßigen Behandlung von civil- und strafrechtlichen Fällen offenbart sich der innere Zusammenhang und die gleichmäßige Entwickelung des Criminal- und Civilrechts, sowie die hohe Wichtigkeit des Gerichts. Ist einmal das Gericht angegangen, so steht selbst der reine Civilanspruch, den doch in unseren Zeiten beliebig eine Partei aufgeben kann, nicht mehr in der reinen Privatgewalt der Privatberechtigten. Er ist gleichsam in die Hand

---

1) Capit. VI. 435. VII. 253. 365. for. Surm. f. 29.

2) Sächs. Landr. II. 24. II. 70. III. 82. 2. Vergl. auch Dist. I. 32. 4.

des Richters übergegangen, ohne deßen Erlaubniß er nun nicht mehr in den Kreis des reinen Privatrechts zurückgehen kann [1]).

Die Aehnlichkeit zwischen Civil- und Criminalrecht zeigt sich nun auch bei den aus einer nicht bewiesenen Civilklage entstehenden Folgen. Denn wenn auch in diesem Fall keine Talion eintritt, ja nicht einmal, wie später bei allen Criminalklagen, Buße und Wette geleistet wird [2]), so ist doch der abgewiesene Kläger verpflichtet, nicht allein bei den mit Zuziehung des Gerichts unternommenen Klagen, wie beim Anfang und bei der Unterwindung [3]), sondern häufig sogar bei einfachen Schuldklagen Wette zu zahlen [4]).

Während also die Willkür der Privaten beschränkt ist, sobald sie einmal ihre streitigen Verhältnisse vor Gericht gebracht haben, zügeln aber auch zugleich strenge Regeln die Willkür des Richters. Denn der Richter ist nicht berechtigt für sich

---

1) Sächs. Landr. I. 53. 1. Dist. IV. 43. 8. „queme is, daz lute under cynander gescheffte hetten . . . . berichten sich dy noch frunde rate unde noch orer beyde willekor, daz sal der richter von rechte gestaten. Were abir dy sache vor gerichte geclaget, so mag des nicht gesin *ane des richter loube*, so mussten beyde dorumbe wetten.“ Böhme, diplomat. Beiträg. Th. VI. Schöffenurthl. S. 119.

2) Sächs. Landr. I. 53. §. 2. II. 36. 5. III. 33. 1. Gengler, Braunschweig. Stadtrecht aus d. 13. Jahrh. §. 2. „swelich man dem anderen sculdich es, unn es im versaketh, entgeit he is ime met tuge oder met sime ethe, he ne hevet weder dat Gerichte nicht verloren, wann dat gelt alene.“

3) Vergl. §. 19.

4) Gengler, Münster. Stadtr. v. 1326. §. 32. 33. „qui defecerit in probatione pro debitis vadiabit duos solidos, et alius solutus est.“

allein eine Klage abzuweisen, sondern dieses Recht besitzt der Verklagte allein [1]). Ebensowenig darf der Richter ohne Einwilligung des Klägers den Verklagten zum Zweikampf oder zu einem anderen Ordale auffordern, oder, wenn der Verklagte den Unschuldseid geschworen hat, ohne den Kläger zu fragen, gegen diesen Unschuldseid auftreten [2]). Ferner muß der Richter mit seinen Ansprüchen denen der einzelnen Privaten nachstehen, wenn das Vermögen des Verklagten nicht ausreicht, um ihre beiderseitigen Ansprüche zu befriedigen [3]).

Ehe nun der Kläger seine Klage anstellt, muß er natürlich wißen, wo er seine Klage anzustellen hat, und nach welchem Recht das streitige Rechtsverhältniß beurtheilt wird. Für die einzelnen Hauptgattungen gelten hier nun folgende Regeln.

1) Bei Klagen aus Vergehen gilt folgender Unterschied. Ist der Verbrecher auf frischer That ertappt, so wird er vor den Richter gebracht, in deßen Bezirk des Blutbanns das Verbrechen geschehen ist. Diese Regel gilt gleichmäßig sowohl für Verbrechen gegen das Eigenthum, wie z. B. für den Diebstal, als auch für die gegen die Person. Da nun der Kaiser der erste Inhaber des Blutbanns ist, so wird der Gefangene vor das kaiserliche Gericht geführt oder vor das Gericht deßen, dem der Kaiser entweder unmittelbar oder mittelbar den Blutbann verliehen hat [4]).

---

1) Sächs. Landr. III. 16. 1.

2) Sächs. Landr. III. 16. 1. 92. 2.

3) Schwäb. Landr. c. 83. Dieses ist eine Begünstigung der Privaten, welche im schroffen Gegensatz zu unserer jetzigen modernen Anschauung und rechtlichen Denkungsart steht.

4) Sächs. Landr. II. 71. 4. 5. III. 25. §. 2. „binnin utwen-

Wird dagegen der Verbrecher nicht auf handhafter That ergriffen, so ist zwar allerdings Regel, daß über ihn der Richter des Ortes richtet, wo er das Verbrechen begangen hat [1]). Aber diese Regel scheint wenigstens für die Schöffenbarfreien nur eine Ausnahme zu sein. Denn war der Verbrecher nicht auf handhafter That ergriffen, und wollte ihn trotz seines Leugnens der Kläger überführen, so hatte er kein anderes Mittel als ihn zum Zweikampf zu fordern. Auf diesen brauchte sich aber der Verklagte nur da einzulaßen, wo er sein Hantgemal hatte [2]), d. h. vor dem Gericht, in deßen Bezirk sein Stammsitz lag [3]). Dieses

---

digen gerichte darf ne man antwerden, he ne . . . . verwerke sik mit ungerichte dar inne." §. 3. svat so buten deme gerichte geschiet, des ne darf he dar binnen nicht antwerden." III. 52. 3. „an die vierden hant ne mach nen len komen dat gerichte si over hals unde over hant." Kaiserrecht IV. 1. „daz hat der keiser in vor aller der werlt un vor sin selbs kinden uzgescheiden, ab ir einere (des ricks borgern) alsulche tat tete, damit man den lib mocht virwirken, un man in beweldiget an frischer tat, und wurde fur den keiser bracht, uber den richte er alz uber einen andern man. Sint gescr. stet: ***als ich dich finde, als richte ich uber dich.*** **" Gengler, Landshut. Rechtsbrief v. 1279. §. 5. „quicunque civis Landishuetensis in quocunque judicio extra civitatem maleficium aliquod perpetraverit,** ***nisi jure et eodem loco detentus fuerit*** **per** ***judicem talem*** **, necesse habebit judex talis vel quilibet conquerens coram judice Landishuetensi justitiam postulare."**

1) Sächs. Landr. III. 25. 2. 3. Sächs. Weichb. Art 50. Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffurth. S. 114.

2) Sächs. Landr. I. 59. 1. III. 26. 2.

3) Siehe Homeyers gediegene Abhandlung über die Heimath nach altdeutschem Recht, insbesondere über das Hantgemal S. 43—45. 54—61. Berlin 1852.

Recht der schöffenbar Freien ist nun auf die Reichsstädte in der Art übertragen worden, daß ein Reichsbürger, der außerhalb seiner Reichsstadt ein Verbrechen begangen hat, nicht am Gericht des Orts der begangenen That, sondern vor seinem einheimischen Stadtgericht gleichsam da, wo der Bürger sein Hantgemal hat, belangt werden muß [1]). Auch ist überhaupt jeder Klagberechtigte, der zufällig an seinem Wohnort, auch wohl an einem dritten Ort den zu Verklagenden antrifft, befugt, hier gegen ihn die Klage anzustellen [2]), zumal dann, wenn das Gericht des Ortes, wo die That begangen ist, Recht zu sprechen verweigerte [3]).

2) Bei Klagen um Immobilien gilt als allgemeine Regel, daß vor dem Gericht desjenigen die Klage angestellt wird, zu deßen Gerichts- und Gutsherrschaft das Gut gehört, oder da, wo das Gut liegt. Dieser Grundsatz galt schon in den frühesten Zeiten, und liegt zu sehr in der Natur der Sache, als daß er im Lauf der Zeit verändert worden wäre. Da ursprünglich der einzelne Freie seinen Grundbesitz vom Volk erhält, und vor und mit dem Volksgericht ihm sein Recht an dem Grundstück bestellt und geschützt wird, so

---

1) Kaiserr. IV. 1. „die fryheid gab der keyser des riches burgern durch daz, daz der keiser nit enwolde daz jeman uber iren lib un uber ir gut irgen hette kein rechte zu sprechen dan vor irm amptmanne, un in dez riches steten.“ Gengler, Rottweil. privileg. de non evocando 1299. Frankfurt. Stadtr. v. 1297. §. 2. München Rechtsbrief v. 1294. §. 14. Regensburg. Fhbf. v. 1230. §. 18. Landshut. Rechtsbr. v. 1279 §. 5.

2) Siehe Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schäffurth. S. 111.

3) Pertz. II. Henrici cur. Worm. 1231. statutum in favorem principum „in civitatibus nostris actor forum rei sequatur, nisi reus vel debitor principalis fuerit inventus ibidem, quo casu respondeat.“ Kulm. R. III. 43.

ist natürlich bei Streitigkeiten um freies Eigenthum dasjenige Gericht competent, in deßen Gerichtsbezirk das Gut liegt, d. h. das Volksgericht. Denn dieses Gericht und seine Gerichtsgenoßen sind gewißermaßen zugleich mit dem wirklichen Eigenthümer für das Gut die Gutsherrschaft. Als nun im Lauf der Zeit sich Leih- und Lehnsverhältnisse bildeten, so gehörte natürlich, analog der Gerichtsherrschaft der Freien, die Gerichtsbarkeit über diese Güter dem Leih- oder Lehnsherrn, von dem das Gut herrührte [1]). In ähnlicher Weise, wie bei Immobilien werden, auch dingliche Klagen gegen Mobilien, wie der Anfang und das Ziehen zu einer Sache, an dem Gricht desjenigen angestellt, in deßen Gerichtssprengel sich die Sache befindet.

3) Bei Klagen aus Verträgen auf Geld, auf Fahrniß gilt zunächst als Regel, daß der zu Verklagende da belangt wird, wo er seinen Stammsitz hat [2]), wo er wohnt [3]) oder

---

1) **Pertz. II. add. Chn. III. sentt. de a. e. j. 1149. „omnem hominem sive librum sive ministerialem oportere domum illius adire, cujus nomine possideret in** ***quocunque regno*** **vel** ***provincia sita*** **esset, si de ipsa** ***possessione*** **controversia ageretur.“** Richtsteig, das Landrecht l. c. 1. Richtsteig das Lehnr. c. 7. Böhme, diplom. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 109—110. 121. Kaiserr. IV. 5. **„wan man von eim burger claget um eygen un um erbe vor sim amptman oder um lehen, den sal man umb eygen wisen fur die hubener, da daz gut gelegen ist, und umb daz erbe in den hof, da ez in horet, umb lehen fur den heren, von dem si gent.“** Kaiserr. III 13. IV. 1. 3. Schwäbisch. Landr. c. 32. Sächs. Weichb. Art. 20. 61. Gengler, Frankf. l. c. München l. c. Regensburg l. c. Sächs. Landr. III. 33. 4. 5. III. 25. 2. Auch wird dieser Grundsatz fast in einem jeden Weisthum ausgesprochen. Grimm, Weisthümer.

2) Homeyer l. c. S. 58.

3) Sächs. Landr. III. 25. 2.

wo er sich verpflichtete, namentlich verbürgte und Frieden gelobte [1]), oder an dem Gericht des Herrn, dem er entweder durch seine persönliche oder dingliche Abhängigkeit, oder durch beides zugleich unterworfen ist. Dieser Grundsatz ist analog der Bestimmung bei Grundstücken, da zu klagen, von wo aus über sie die Herrschaft ausgeübt wird. Denn der Vertrag ist gar nichts anders, als eine Aeußerung der rechtlichen Persönlichkeit, von deren Gesammtbegriff sie abhängt. Da nun der Inhaber der rechtlichen Persönlichkeit an einem bestimmten Ort sich aufzuhalten pflegt, so sind dorten auch diejenigen Klagen anzustellen, welche Wirkungen und Ausflüße der juristischen Persönlichkeit betreffen. Aus diesem Grund erhält auch die Bestimmung, daß der Kläger aus Verträgen auch da klagen darf, wo der zu Verklagende sich zufällig aufhält, z. B. wenn er sich am Wohnort des Klägers befindet, von dieser Regel keine Ausnahme. Denn der Inhaber der juristischen Persönlichkeit bleibt ja immer derselbe, wo er sich auch aufhalten mag. Allerdings wird diese Regel zu Gunsten der Reichsstädter und häufig auch anderer Städter beschränkt. Denn obgleich sie sich im Auslande befinden, so dürfen sie doch in Folge des ihnen zustehenden Privilegs nur innerhalb ihres Weichbildes [2]) belangt werden. — Vor allem soll der inländische Bürger seine Mitbürger in allen Fällen, in Civil- und Criminalsachen, mit Ausnahme der sich auf fremden Grundbesitz beziehenden Verhältnisse nur vor dem Gericht ihrer beiderseitigen Vaterstadt belangen [3]). Diese Bestimmung ist nichts anderes als

---

1) Sächs. Landr. III. 25. 2. III. 9. 2.

2) Kaiserr. IV. 1. Kulm. R. III. 68. Giraud. l. c. coutumes de Strasbourg §. 31.

3) Gengler, Lippstadt. Privileg v. 1240. §. 3 Nürnberg. Frei-

eine allgemeine Ausdehnung des Grundsatzes, daß Vasallen von demselben Lehnsherrn in Lehnssachen das Gericht ihres Lehnsherrn, Leibeigene von demselben Herrn, Dorfhörige von demselben Dorf in allen leibeigenen, beziehungsweise dörfischen Rechtsverhältnissen das Gericht ihres Leibherrn, ihres Dorfherrn anzugehen haben. Wie nun bei den Dorfgenoßen ihre Dorfgenoßenschaft, bei den Hörigen ihr Hörigkeitsverhältniß ihr gesammtes rechtliches Dasein umfaßt, so auch soll der Bürger einer Stadt seinen Mitbürgern gegenüber vollständig durch das Recht ein und derselben Stadt geleitet werden. Denn die Städte streben eifrigst alle Vermögens- und Rechtsverhältnisse ihrer Bürger innerhalb ihrer Ringmauern einzuschließen und zu sichern. Wagt ein Bürger dieses Verbot zu überschreiten, und verklagt seinen Mitbürger an einem ausländischen Gericht, so muß er dem Verklagten alle durch diesen Frevel entstandnen Kosten ersetzen, und ihm außerdem noch Buße leisten [1]). Nur dann braucht natürlich der Bürger nach dieser Bestimmung sich nicht zu

---

heitsbrief v. 1313. § 5. „omnes homines civitatis Nurimbergensis trahi non possunt in causis civilibus ad aliena judicia sed conveniri debeant coram judice suo, dummodo coram illo quaerulantibus justitia non negetur.“ Kaiserr. IV. 1. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. S. 119. „wo zwene unsir burger in unsir statrecht sitzin, des der eine den andern beclagen wil umb schult, der mus daz thun vor sime richter in der stat und andirs nirgen.“

1) Vergl. Sächs. Landr. III. 87. 2. „dit selve mut dun (nemlich Buße und Schadensersatz leisten) en lantman dem anderen, of he ine beklaget binnen wichbelde oder in enem utwendigen gerichte unde of sie beide in eneme dorpe oder in ener goscap sitten.“

richten, wenn ihm das Gericht seiner Stadt Recht zu sprechen verweigerte [1]).

Die Schuldforderungen in den Städten haben übrigens noch das Eigenthümliche, daß sie, namentlich wenn sie ohne Zeugen geltend gemacht werden, an jedem beliebigen Ort vor dem Richter zur Verhandlung gebracht werden können, während doch sonst die Klage an der Dingstätte vorzubringen ist. Diese aus dem ursprünglich einfachen Verfahren bei Schuldklagen entstandne Begünstigung dient sehr zur Erleichterung des Verkehrs, und ist daher in den Städten bereitwillig angenommen worden [2]). Natürlich kann jedoch dieses Vorrecht sich nicht soweit erstrecken, daß an Orten geklagt werden könnte, die, wie die Kirche, das Wirthshaus, die Badstube, ihrem Zweck und ihrer Lage nach zu gerichtlichen Handlungen gänzlich ungeeignet sind [3]).

Während nun früher, wo die einzelnen Stämme noch nicht mit einem bestimmten Gebiet gleichsam verwachsen waren, die Bluteinheit einen mächtigen Einfluß ausüben und zu dem Grundsatz der persönlichen Rechte führen mußte, ist später in Folge daurender Ansiedlung die patria aus einem geschlechtlichen Namensverhältniß schon zu einem Geburts- und Vaterland, die reine Volksgenoßenschaft schon zu einer Landsmannschaft geworden [4]), und die Rechtsverhältnisse

---

1) Sächs. Landr. III. 87. 2.

2) Schott I. Magdeb R. A. XIV. „der Richter soll gerichtes warten unde pflegen all Tage an rechter Dingstatt. iz en sie daz ein man umme gelt clagen will ane gezug. daz mac er allenthalben wol richten.“ Kulm. R. II. 35.

3) Gengler, Leobschütz. Rechtsbrief v. 1279. „ubicunque civis debitorem, praeterquam in *ecclesia balneo* et *taberna* convenerit, judex tenetur sibi ibidem pro debitis judicare.“ Kulm. R. II. 35.

4) Homeyer über das Heimathsrecht S. 49.

werden nicht mehr nach dem Grundsatz der persönlichen Rechte, sondern nach dem Landrecht entschieden.

Während bereits schon in den Capitularien einzelne Bestimmungen auf den Einfluß hinweisen, den das Stammland auf die Beurtheilung der wichtigsten Rechtsverhältnisse ausübt [1]), ist der Grundsatz, daß der Einzelne nach dem Landesrecht beurtheilt wird, ganz allgemein im Sachsenspiegel ausgesprochen. Denn nach seinen Worten „nen utwendich man n'is ok pflichtich in dem dorpe to antwerdene na irme sunderliken dorprechte, mer na *gemeneme* lantrechte, he ne klage dar up erve oder uppe gut oder umme scult" [2]), soll der Auswärtige, welcher in einem Dorf belangt wird, nicht nach dem Dorfrecht sondern nach dem gemeinen Landrecht antworten, ausgenommen der Auswärtige hätte selbst im Dorf um Erbe, Gut oder Geld geklagt. Denn dann liegt in der Klaganstellung von seiner Seite die Erklärung sich dem Dorfrecht unterwerfen zu wollen.

Unter dem Auswärtigen ist nun zunächst derjenige zu verstehen, der nicht zu den Dorfbewohnern sondern nur zu den Bewohnern des Landes gehört, in dem das Dorf liegt. Der Auswärtige hat also mit den Dorfbewohnern dasselbe Land gemeinsam. Dieses folgt aus dem §. 1. der a. St. [3]), wo gesagt wird, daß das Dorf, beziehungsweise

---

1) Pertz. I. Anseg. cap. III. 32. IV. 71. IV. 26. cap. Aquisg. 813. c. 3. cap. miss. 817. c. 2. Vergl. auch §. 23.

2) Sächs. Landr. III. 79. 2.

3) Sächs. Landr. III. 79. 1. „svar gebure en nie dorp besettet von wilder wortelen, den mach des dorpes herre wol geven ervetinsrecht an deme gude, al ne sin sie to deme gude nicht geboren. Nen recht ne mach he aver in geven noch sie selven kiesen, dar sie des *landes* richtere sin recht mede krenken, oder sin gewedde minneren oder meren mogen."

der Dorfherr kein Recht bestimmen könne, was dem Richter des Landes, in deßen Gebiet das Dorf liegt, etwas entziehe. Nun wird folgerichtig im folgenden §. bestimmt, in wie weit der auswärtige aber zu demselben Land gehörige Mann an das Dorfrecht gebunden ist. Was nun aber für den Auswärtigen gilt, muß auch für den Ausländer gelten.

Nach dem Landrecht sollen also für gewöhnlich die Rechtsverhältnisse des Einzelnen entschieden werden. Unter Landrecht ist nun dasjenige Recht zu verstehen, was als allgemeines Recht in dem Lande gilt, in deßen Gebiet das betreffende Gericht liegt [1]). Es ist diese Bestimmung eine folgerichtige Anwendung des Territorialprincips in seiner ursprünglichen Bedeutung. Wie man den einzelnen, so lange noch der Grundsatz der persönlichen Rechte in seiner vollen Ursprünglichkeit bestand, nach diesem Princip beurtheilte, ohne Unterschied, wo und aus welchen Ursachen er verklagt wurde, so wird auch nach der strikten ursprünglichen Auffaßung des Territorialprincips das Recht desjenigen Landes zur Anwendung gebracht, wo geklagt wird.

Diese Regel hat jedoch manche scheinbare Ausnahmen, nemlich bei Klagen wegen Grundbesitz, wegen des Status, wegen großer Verbrechen vor dem Kaiser und bei Processen der Stadtbürger.

Da die Klagen um freien Grundbesitz gewöhnlich wenn auch nicht immer [2]) vor dem Gericht angestellt werden, in

---

1) Görlitzer Landr. c. 39. §. 5. „vor eime jegelicheme vorstin odir vor eime andirn richtäre muz er antwortin nach lantrechte, da er danne inne is.“ Vergl. auch Homeyer l. c. S. 63—64. und Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 110.

2) Richtsteig des Landrechts I. 23. „Beclages du oen oick om sün eygen jn enen anderen gerichte dair Id nyet jnne en leget.

deßen Bezirk das Gut liegt, und da nach dem am dortigen Gericht geltenden Recht der Proceß entschieden wird [1]), so folgt nothwendigerweise, daß die oben aufgestellte Regel „es gilt das Recht desjenigen Landes, in dessen Gerichtsbezirk geklagt wird", mit dem Grundsatz, „über Immobilien entscheidet das Recht desjenigen Gerichts, in deßen Bezirk das Gut liegt", ganz zusammenfällt. Ja es läßt sich wohl nicht ohne Grund annehmen, daß die bei den Immobilien geltende Regel die erste Grundlage für den Grundsatz gegeben hat, daß das Recht des Landes zur Anwendung komme, in deßen Gericht die Klage angebracht wird. Diese Regel für den Grundbesitz hat sich sicherlich schon gleichzeitig mit dem Grundsatz der persönlichen Rechte gebildet, denn sie ist eigentlich im Grund genommen nichts anders als gleichsam ein Ausfluß von der Persönlichkeit des Grund und Bodens. Denn wie die physische lebendige Persönlichkeit ursprünglich beurtheilt wird nach dem Recht des Bluts, das gleichsam in beständiger Dauer vom Vater auf den Sohn, vom Sohn auf den Enkel in der Art übergeht, daß der lebende Nachkomme nur als ein zeitweiliger Träger des gleichsam unsterblichen Stammes- und Familientypus erscheint, so muß auch das Grundstück, welches von seiner ersten Entstehung an den ihm einmal zugetheilten Platz im Grund und Boden des Landesgebietes unverrückt bewahrte, nach dem Recht dieses Landes, gleichsam nach dem Recht seines Stammes, seiner Familie beurtheilt werden.

So vrage hie off hie ergent om eygen darff antworden. Dan jn den gerichte da ert jnne leget. Soe vünt men hi endorve alweert oick voir den rüke."

1) Pertz. capit. Ticin. 801. c. 10. Sächs. Landr. I. 30. Kaiserr. IV. 5. Schwäb. Landr. c. 32. Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 118.

Mit dieser Regel bei Klagen um den Grundbesitz stimmt nun vollständig die Bestimmung überein, daß Statusverhältnisse, namentlich die Vertheidigung der Freiheit und der Zweikampf, das vollendetste Zeichen der Freiheit, also die Vertheidigung wegen Hauptverbrechen — denn der Zweikampf findet gewöhnlich nur bei Hauptverbrechen statt [1]) — entschieden und beurtheilt werden nach dem Recht des Ortes, wo der Betreffende seinen Stammsitz, sein Hantgemal hat [2]). Denn fast überall werden in den Quellen Grundbesitz und Freiheit nebeneinander erwähnt als sich gegenseitig entsprechende Gegenstände, und beide haben bis tief in das Mittelalter einen gleichmäßigen Entwickelungsgang genommen. Wenn ferner als eine besondere Bestimmung hervorgehoben wird, daß sich ein jeder vor dem Gericht des Königs [3]) nicht nach dem Recht des Gerichts, sondern nach dem Recht seiner Geburt, d. h. nach dem Recht des Landes, wo sein Stammsitz liegt [4]), vertheidigen darf, so ist dieses ein in der Natur der Verhältnisse liegender Grundsatz. Denn da der Kaiser überall, wo er hinkommt, Recht zu sprechen befugt ist [5]), so hätte der Kläger, wenn der Grundsatz galt, daß nach dem Recht des angegangenen Gerichts das streitige Rechtsverhältniß zu beurtheilen ist,

1) Vergl. §. 26. Abth. 1.

2) Sächs. Landr. I. 51. 4. III. 26. 2. III. 29. 1. Schwäb. Landr. c. 241. „ein jeglich man uf den man klaget, der soll antwürten nach siner geburt.“ Homeyer l. c. S. 59. 61—65. Vergl. auch Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. S. 119. Kulm. R. II. 88.

3) Der König selbst erhielt durch seine Würde Fränkisches Recht. Sächs. Landr. III. 54. 4.

4) Sächs. Landr. III. 33. 1. III. 71. Görlitzer Landr. c. 39. §. 5. Homeyer l. c. S. 64.

5) Sächs. Landr. III. 60. 2.

die Macht gehabt, durch den Ort der Klaganstellung den Verklagten in eine schlimmere Lage zu bringen, indem er da klagte, wo das Recht des angegangenen Gerichts für den Verklagten ungünstiger war als das eines anderen Ortes. Ebenfalls hätte der Kaiser, wenn er bestimmte Orte absichtlich nicht besuchte, die Parteien zwingen können, nur das Recht des Ortes zu beachten, den er sich zu seinem Besuch ausersehen hätte.

Um daher solchen Parteilichkeiten zuvorzukommen, wurde ein jeder vor dem kaiserlichen Gericht beurtheilt nach dem Recht des Landes, wo der Stammsitz seiner Familie liegt. Zugleich ist aber auch zu beachten, daß vor dem Kaiser hauptsächlich über Verbrechen geklagt wurde, — denn er konnte ja allein jemanden friedlos für das ganze Reich erklären, — und daß bei Verbrechen ja ebenfalls das Recht des Landes galt, wo der Stammsitz des Betreffenden sich befindet.

Allerdings mußte im Lauf der Zeit das Verlangen eintreten, diese Unregelmäßigkeit bei den vor den Kaiser gebrachten Streitigkeiten durch ein allgemeines Recht aufzuheben, was sich gleich blieb, wo auch vor dem Kaiser geklagt wurde. Durch die Annahme des Römischen Rechts als ein allgemeines Reichsrecht suchte man unwillkürlich diesem Bedürfniß abzuhelfen und auch noch aus diesem Grund läßt sich seine Aufnahme rechtfertigen. Aber Pflicht des Kaisers und des Reiches wäre gewesen, ein allgemeines Recht für das kaiserliche Gericht festzustellen und als ein Reichsrecht in diesem Sinn bekannt zu machen, ohne jedoch die individuelle Rechtsbildung der einzelnen Länder aufzuheben. Allerdings hat man für solche Fälle, die am meisten beim kaiserlichen Gericht vorzukommen pflegten, nemlich für die Criminalfälle, diesen Anforderungen später durch die Einführung der Carolina zu entsprechen gesucht.

Ferner enthält der Grundsatz, daß alle vor das Gericht einer Stadt gebrachten Processe, mögen sie nun von Inländern oder von Ausländern ausgehen, nach dem Recht der Stadt beurtheilt werden sollen, keine Ausnahme sondern nur eine Fortbildung des Territorialprincips. Denn einmal pflegen die Städte das Recht des Landes zu erhalten, in deßen Gebiet sie liegen [1]), und ferner ist ja für den Städter seine Stadt sein Land. Denn die Städte suchen alle Rechtsverhältnisse der Städtebewohner innerhalb ihrer Ringmauern zu centralisiren und ihre Bewohner vom Ausland abzuschließen.

Allerdings haben die Städte die Befugniß sich nach dem Recht ihrer Stadt zu vertheidigen noch weiter ausgedehnt, und der Städter hat das Recht, was gilt am Ort seines Hautgemals, zum Vortheil des Rechtes seiner Stadt preisgegeben. Wird z. B. ein Städter, welcher ein Gut auf dem Land besitzt, vor den Hofrichter, beziehungsweise vor den Landrichter vorgeladen, so kann er sich nach dem Recht seiner Stadt vertheidigen und braucht sich nicht auf das Hofrecht, beziehungsweise Landrecht zu berufen [2]).

1) Gengler. Münden. Handfeste v. 1246. §. 1. „civitas dicta cum in terra Franconica *sita* sit, jure Francorum fruitur et potitur."

2) Böhme, diplomat. Beitr. Th. VI. S. 109—10 „Ein burger der do guth hot uff dem lande, den mag man wol ladin von dem gute, der sal auch volgen der ladunge, wenne her sich sines erbis und gutis nich vorjen wil und sal gesten vor sime hoferichter des wichbildes dorinne das gut gelegin ist und sal beten in eime rechten, also das her ein burgir ist und tut rat und recht mit der *stad*, das se in bei sime *burgerrechte* lasse sich zu vorantworten vor sime erbvoite der sal bliben dobei. is en were denne lengut adir deme gliche, so muste her antworten und glich tun also gewonlich were noch des *landis* rechte."

Uebrigens übertrugen die Städte die uralte Sitte der Freien, dem Stammsitz ein äußeres Merkmal, ein Hantgemal als deßen Zeichen anzuheften [1]), so daß dieses Zeichen den Stammsitz, dann das am Stammsitz geltende Recht bedeutet, auf die Wohnungen der Bürger und deren Recht. Denn ausdrücklich sagen mehrere Schöffenurtheile, daß ein Bürger, der zum Hofherrn geht, sein Stadtrecht bricht und meineidig wird, sein Bauermal, d. h. sein volles Bürgerrecht verliert. Dieses Bauermal ist aber das an das Haus des Bürgers angeheftete Zeichen, das ihn als einen vollberechtigten Bürger, als einen zum Stadtrecht befugten bezeichnet [2]).

Ist nun einmal die Klage angestellt, so kann der Richter den Kläger nicht zwingen, auf eine Klage des Gegners sich eher einzulaßen, als bis er seine Klage beendigt hat [3]), während dagegen der Verklagte gezwungen werden kann, auf die Klage des Klägers einzugehen, wenn er nicht bedeutenden Rechtsnachtheilen sich unterwerfen will. Von dieser Regel ist bekanntlich nur der Fall ausgenommen, wo der Kläger verfestet ist, denn dann braucht der Verklagte die Klage nicht zu beantworten [4]).

---

1) Homeyer l. c. S. 70—77.

2) Böhme, diplom. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 143. 135. „Welch burgir sich czu hofe helt und liebet und schikket, das der stadrecht und hanthfestin gebrochin wordin den mogin dye rothmanne dorumme beclagin, bekennet her des, so hot her seyn *bawermol* vorloren und steet an dem rothe wy sy is mit ym dorumme haldin wellin. Wer abir das eyn rothmann der das schickete, so .... hette her seyn *gemeynde* adir sein *bawermol* vorlorin.“ Haltaus, glossarium. Bauermal.

3) Sächs. Landr. III. 12. 1. Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. 94.

4) Sächs. Landr. III. 16. 3.

Der Kläger hat seine Klage wo möglich in drei Gerichtstagen zu beendigen [1]), und dann muß er an demselben Gericht sich auf die Widerklage einlaßen [2]). Von dieser Regel macht jedoch der Fall eine Ausnahme, wo ein Gast klagt. Denn dieser hat sich sofort auf die Gegenklage einzulaßen, wenn er keine Personen stellt, die verbürgen, daß er sich am nächsten Gerichtstag auf die Gegenklage erklären werde [3]). Werden übrigens mehrere Klagen gegen Jemanden zu gleicher Zeit angestellt, so ist zu unterscheiden, ob dieselben Criminal- oder Civilklagen sind. Sind sie Criminalklagen, so braucht der Verklagte sich nur zunächst auf eine einzulaßen [4]), welchem Grundsatz auch entspricht, daß der Verklagte nur für den einmaligen Betrag seines Wergelds Bürgen zu setzen braucht, selbst wenn auch eine große Anzahl von Criminalklagen zu gleicher Zeit gegen ihn angestellt wird [5]). Denn sonst müßte der Verklagte, der mehrmals sein Wergeld zu verbürgen hätte, auch eine doppelte oder dreifache juristische und physische Persönlichkeit haben, was doch physisch und juristisch unmöglich ist.

Dagegen ist allerdings bei Civilklagen der Verklagte verpflichtet, sich auf mehrere zu gleicher Zeit einzulaßen, jedoch haben hier die einzelnen Rechte eine bestimmte Anzahl

1) Schott III. Freiberger Stadtrecht XLIX. 28.

2) Schwäb. Landr. c. 77. „swâ der man reht vordert, dâ sal er recht nemen.“ Sächs. Landr. I. 60. 3.

3) Dist. III. 15. 1.

4) Sächs. Landr. III. 12. 2. Nach Schott. III. Freiberger Stadtr. XLIX. 27. 29. soll freilich die Anzahl der Criminalklagen nicht beschränkt werden, sondern der Verklagte sich auf alle einlaßen müßen.

5) Sächs. Landr. III. 12. 2. „he ne darf nicht burgen setten wan vor sin weregelt, als si der klage vele.“

festgesetzt, so dürfen z. B. nach dem Freiberger Stadtrecht nur drei Civilklagen auf einmal gegen dieselbe Person angestellt werden [1]).

Sind mehrere Kläger vorhanden, so geht zunächst derjenige vor, der zuerst seine Klage angebracht hat [2]). Kommen z. B. drei Personen an demselben Gerichtstag vor Gericht, so entscheidet die Reihenfolge, in welcher sie ihre Klage vorbringen. Reicht das Vermögen des Verklagten nur aus, um die Forderungen der beiden ersten Kläger zu befriedigen, so müßen sie auf Verlangen des dritten Klägers schwören, daß sie nicht, nach stattgefundenem Uebereinkommen mit dem Schuldner, mehr gefordert haben, als wie sie wirklich zu fordern berechtigt waren [3]). Uebrigens hat sich der erste Kläger wohl zu hüten, daß er keinen Termin versäumt. Denn nimmt er zuerst zwar Beschlag von den Gütern eines flüchtigen Schuldners, versäumt aber einen Termin, an dem diejenigen ihre Klage beweisen, die nach ihm die Güter in Beschlag nahmen, so steht er diesen nach [4]). Folglich wird man auch annehmen müßen, daß, wenn der Schuldner anwesend ist, und seine Güter noch nicht in Beschlag genommen sind, der erstere Kläger zurücksteht, sobald er einen Termin versäumte, an welchem spätere Kläger ihre Forderungen bewiesen.

---

1) Schott III. Freiberger Stadtr. XLIX. 27.

2) Dist. III. 13. 3. Sächs. Landr. III. 12. 2. Schwäb. Landr. c. 393. Böhme, diplomat. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 132. „veret ein man us der stat wer sin gut und erbe czum irsten umb sine schult besaczte und beclagit hot, der sal sine schult alczumol czuvor daran habin und dornoch die andirn als ir iczlich das besatzte und beclagit hot vor sine schult.“

3) Kulm. R. III. 150. 151.

4) Kulm. R. III. 149.

Klagen mehrere zu gleicher Zeit um dasselbe Gut mit gleich starken Beweismitteln, so wird das Gut unter sie getheilt [1]), sonst dagegen geht derjenige vor, deßen Beweis der stärkere ist [2]). Wird Jemand zu gleicher Zeit persönlich belangt wegen eines Verbrechens, eines Guts, einer Schuld, so geht unstreitig die Forderung aufs Wergeld zunächst allen Klagen vor, weil diese Klage die bedeutendste und wichtigste Forderung enthält. Natürlich wird aber der dinglich Berechtigte, der direkt das Gut mit seiner dinglichen Klage verfolgt, sein an dem Grundstück wohlbegründetes Recht nicht aufgeben müßen, wenn etwa das sonstige Vermögen des Verbrechers nicht ausreichte, um Wergeld und Buße zu entrichten.

Ist doch selbst derjenige, der freiwillig dem Schuldner Güter überliefert, aber die Gegenleistung für sie noch nicht empfangen hat, allein berechtigt, diese Güter, sobald sie noch vorhanden sind, wieder an sich zu bringen, wenn der Schuldner nicht leistet oder flieht, und andere Personen weit früher als dieser betreffende Gläubiger ihre Ansprüche erhoben [3]).

---

1) Sächs. Landr. III. 21. 1. „**spreket tvene man to weder stride en gut an mit geliker ansprake, unde dat mit gelikeme getüge behaldet, man salt' under sie delen.**“

2) Vergl. auch Schwäb. Landr. c. 393.

3) Kulm. R. III. 149.

§. 19.
Die Eintheilung der Klagen.

Wenn bei irgend einem Deutschen Rechtsverhältniß die Nothwendigkeit vorhanden ist, sich von den bekannten Römischen Rechtsanschauungen loszureißen, um das wahre Wesen des Deutschen Rechtsinstituts scharf und klar aufzufaßen, so ist solches nöthig bei der Eintheilung der Deutschen Klagen. Denn sie beruht auf einem ganz andern Grundprincip, als wie dasjenige ist, was den Römischen Klagen zu Grunde liegt. Dasselbe steht nemlich im engsten Zusammenhang mit der so hohen und wichtigen Stellung, welche das Gericht und die Gerichtsstätte behauptet. Denn wie das Gericht der Ort ist, an dem die Klagen vorgebracht und vollendet werden, so auch ist das Gericht die Quelle, von der die Eintheilung der Klagen ausgeht, und sich nach den verschiedensten Richtungen hin verbreitet. Da die Rechte bald unmittelbar, bald mittelbar ihren Ursprung aus dem Gericht herleiten, so zeigen sie auch naturgemäß in der Form ihrer Geltendmachung, in der Klaganstellung, bald mehr bald minder ihren gerichtlichen Ursprung. Die ursprüngliche Entstehung der Rechte aus dem Gericht ist daher der Eintheilung der Klagen zu Grunde zu legen, und diese ist nach folgenden Grundsätzen zu ordnen.

A. Die Klagen sind in Bezug auf ihre Entstehung

I. Klagen aus dem Schutz und Frieden, den das Gericht als Vertreter des Volks und des Königs der Persönlichkeit des einzelnen Gerichtsgenoßen unmittelbar gewährt.

II. Klagen aus dem Schutz und Frieden, den das Gericht als Vertreter des Volks und des Herrschers dem einzelnen Grundstück als einem festen Bestandtheil des Volks- und Gerichtsgebiets unmittelbar gewährt.

III. Klagen aus dem Schutz und Frieden, den der Einzelne, weil er als Gerichts- und Volksgenoße berechtigt ist, für Rechtsverhältnisse verspricht, oder sich von andern versprechen läßt.

B. Die Klagen sind ferner in Bezug auf den Beweis

A. Rechte (gerichtliche, qualificirte) Klagen, wo der Kläger die Klage mit Zuziehung von Gerichtspersonen oder deren unmittelbaren Vertretern beginnt, diese Personen als Beweismittel vorbringt, und dem Verklagten sein Beweisrecht sehr erschwert.

B. Schlechte (schlichte, einfache) Klagen, wo der Kläger ohne solche Personen die Klage beginnt[1]), diese nicht als Beweismittel vorbringt, und dem Verklagten sein Beweisrecht sehr erleichtert ist.

Da nun die Eintheilung der Klagen nach ihrer Entstehung und die nach der Art und Weise, sie zu beweisen, im engen Zusammenhang untereinander stehen, so sind die verschiednen Arten der Klagen in zusammenhängender Darstellung zu erläutern.

I. Die Klagen aus dem Frieden, den das Gericht als Vertreter des Volks und des Herrschers der Persönlichkeit des Einzelnen als Volks- und Gerichtsgenoßen unmittelbar gewährt.

Für die Ansicht, daß zunächst aus dem Frieden, den die Volks- und Gerichtsversammlung der Persönlichkeit verleiht, ein Klagerecht gebührt, spricht folgender Grundsatz. Derjenige, welcher bereits durch seine Geburt von Volksgenoßen ein Recht auf Frieden für seine Persönlichkeit er-

1) Vergl. Kulm. R. III. 26. 29. 32. 35. Rößler, Prager Stadtr. Statutarrecht A. 119. Richtsteig des Landr. I. 11. Distinkt. III. 4. 14. 15. Stadtr. v. Hamb. 1292. G. 5. Gengler, Leobschütz. Handfeste v. 1270. §. 24.

langt, gilt dann erst als wahrer Volksgenoße und erlangt dann erst ein selbständiges Klagerecht aus dem seiner Person zukommenden Frieden, wenn er in die Volks- und Gerichtsversammlung als werhaft zugelaßen wird [1]). Die aus dem verletzten Frieden des Klägers entstandnen Klagen gehen nun ihrem Endzweck nach als Vergeltungsklagen auf Verletzung des dem Verklagten zustehenden Friedens. Dieser muß entweder diese Verletzung durch Leistung von Geld abwenden, nöthigenfalls durch Hingabe seines Grundstücks, seinen sächlichen Frieden verlieren, um seinen persönlichen Frieden unverletzt zu erhalten, oder wenn er keine Gegenstände besitzt, die mehr oder minder größere Verletzung seines persönlichen Friedens erdulden [2]).

Diese Klagen aus dem verletzten Frieden der Person, dem ursprünglichsten und umfaßendsten Frieden, der gleichsam das Vorbild von anderen Friedensverhältnissen ist, werden in dieser Beziehung den übrigen Klagen entgegengestellt [3]). Auch der Richtsteig des Landrechts hat diesen Gegensatz hervorgehoben und stellt den peinlichen Klagen die schlechten gegenüber [4]). Da er nun die Klagen in bür-

---

1) Tac. G. c. 13. Eichhorn l. c. §. 50.

2) Die einzelnen speciellern Fälle gehören nicht hierher, sondern ins Criminalrecht.

3) Schott III. XLIX. 27. „ein man mac den andirn nicht me schult gegeben wan drier slechtin Klage in eime Dinge, umme gelt, umme erbe, umme teil, umme gelubede, und waz schlechter clage ist, ane umme den v r i d e." 29. l. c. „hat abir ein man czum andirn niht zu clagin um den vride, deme muz man antwortin alse manchir clage, alse he vordirt in eime dinge umme den vride."

4) L. I. c. 41. „Soe vrage die richter wat men den cleger ende den antworder die wil (während das Urtheil gescholten ist) doen sal. So vynt men js die clage *schlecht* soe sal men se

gerliche und peinliche eintheilt[1]) — zu den bürgerlichen gehören die Klagen um Schuld, um Gut und der Anfang[2]) zu den peinlichen, die das Leben, die Glieder, das Recht, die Ehre, den Frieden des Angeschuldigten bedrohen[3]) — so hat man unter den schlechten Klagen die bürgerlichen zu verstehen. Außer diesen zwei Hauptgattungen der Klagen hat der Richtsteig noch eine dritte, nemlich die gemischten[4]). Dieses sind solche Klagen, wo der mit einer nicht peinlichen Klage Belangte peinlich wegen seines Ungehorsams bestraft wird, oder wo eine angestellte peinliche Klage nur eine Civilstrafe nach sich zieht[5]).

Die Eintheilung in peinliche, bürgerliche und gemischte Klagen, zu der wohl die des Römischen Rechts in actiones

---

dagen, js se pynlick soe sullen se burgen setten of sy geen erve jn den gerichte en heben."

1) I. 5. „Dair om suldy weten dat alle clage sün drier eyn. Die irste js borgelick dair om want die cleger ende die antworder nae der sake ende voir der sake borgen blien op dat oerre een den anderen nyet vluchtich werden en derff." . . . . „Ten anderen mael js die clage pünlick ende heytet dair ome pünlick want die cleger anders nyet en begert dan dat men den anderen pyniget om syne broeken."

2) I. 5. „dat is om scholt ende om goit ende om anvanck."

3) I. 28. „dat recht gevet vüffterleye pün. ten yrsten nemet den beclagede man sün lüff, ten anderen mael nemet sün gesunde. ten derden mael nemet sün recht. ten vierden mael nemet sün eer. ten vüfften mael nemet oen den gemeynen vrede."

4) I. 5. Die derde clage heytet vermengede clage. Dair om want se vermenget sün alsoe dat men se doet an borgelicken clagen. Dat se moegen pünlich werden."

5) Richtsteig des Landrechts I. 30. „In den yrsten Dair om dat dat recht will pynigen des broeckhaftigen ongehoirsamheit. Ten anderen off sü pünlick wordt an gesat dat sü dan borgelick wordt."

criminales, civiles und mixtae geführt hat, nähert sich in gewißer Weise der oben aufgestellten Eintheilung. Man übersieht aber bei ihr, daß die schlechten Klagen hauptsächlich nach der Art der Anstellung und der Beweismittel den rechten gegenübergestellt werden [1]).

Die Klagen aus dem verletzten Frieden einer Person zerfallen nun wieder in schlechte, einfache, und in rechte, qualificirte.

Einen deutlichen Aufschluß über diese Eintheilung gibt Art. 32. B. III. des Kulmischen Rechts, deßen Inhalt so lautet: „beschuldiget man eynen man umme wegeloge adir nottzoge yn *shlechtir* clage, so entgeit her myt seynes selbis hant. beschuldeget man abir yn myt getzugen ane gerufte, adir tzetir geschrey, so entget her ys selb dritte. bewyset man abir dy wegeloge und nottzoge alse *recht* ist, und beschuldeget man yn mit gerufte, so entgeit her is selb sebende. is sy denne das her yn hanthaftiger tat gevangen sy, so mag her nicht entschuldiget werden ob der cleger uf yn das tzuget." [2]).

Nach dieser Stelle ist zunächst die Klage eine schlechte, wo der Verklagte mit seinem Eid allein ihr entgeht, weil der Kläger blos mit seinem Eid die Anklage beweisen will. Hat der Ankläger Gezeugen zu seiner Klage, so scheint diese Klage gleichsam in der Mitte zwischen schlechter und

1) Diese Klageneintheilung findet sich übrigens auch in dem Grundriß zu einem Stadtrechtsbuch für die städtischen Gerichtshöfe des Fürstenthums Liegnitz aus dem Jahr **1399**. Art. **X. III.** „**was eyne burgerliche clage ist. IV. was eyne peinliche clage ist. VII. von clagen die beide gut und leip antreffen.**" Siehe Böhme, diplom. Beitr. Th. **III.** S. **65.**

2) Vergl. auch nach Kulm. R. **III. 26. 29. 35.** Böhme, dipl. Th. **VI.** Schöffenurtheile S. **90** „**Ist denne der angesprochene**

rechter Klage zu stehen. Unstreitig gehört sie dann ganz zu den schlechten Klagen, wenn der Verklagte berechtigt ist, wie z. B. im Sachsenspiegel [1]), mit seinem blosen Eid die Anklage zurückzuweisen, mag auch der Kläger noch so viel Eideshelfer oder Gezeugen vorbringen. Aber auch selbst dann, wenn, wie z. B. im Kulmischen Recht, der Verklagte verpflichtet ist, je nach der Anzahl der Gezeugen des Anklägers Gegenzeugen vorzubringen, hat man die Klage des Klägers zu den schlechten Klagen zu rechnen. Denn ausdrücklich sagt das Recht, daß dann die Klagen wegen Straßenraub eine rechte ist, wenn der Beraubte das Gerüfte erhebt. Klagen mit Gerüfte sind nun solche Klagen, wo der Verletzte durch lautes Schreien und Hülferufen den Richter, seine Genoßen, die umliegenden Anwohner auffordert, ihm zur Verfolgung des Verbrechers beizustehen. Da der angebliche Verletzte durch das Gericht den Frieden für seine Person erhält, so ist nichts natürlicher, als daß der Freie das Gericht und die Gerichtsgenoßen auffordert, ihm diesen Frieden zu wahren. Die Theilnehmer am Gerüft haben bei dem Verbrechen diejenige Stelle, welche bei der Bestellung von Rechten an Grundstücken das Gericht und die Zeugen einnehmen. Diese Klagen setzen voraus, daß die That handhaft ist, d. h. daß der Verbrecher auf der That ertappt und gefangen oder doch wenigstens gesehen

---

man umb den toten nicht begriffen in hanthaffter tat und beclagit man in mit einer *slechten* clage, so mag her des unschuldig werdin mit sines eigens hand.“ S. 95. S. 108. S. 132. „Ab eyn irbar man . . sich undirwyndet vor gerichte der lewte wort czu sprechin und . . loen nympt das her sachin . . fure *slecht* adir mit *gecewgin.*“ S. 244.

1) Sächs. Landr. I. 18.

wird, als er durch die Flucht der Verfolgung zu entgehn sucht [1]). Die Verbrechen, bei denen vorzugsweise der Verletzte aufgefordert wird, Gerüfte zu erheben, sind Nothzucht, Raub, Diebstal, Tödtung [2]). Die Klage mit Gerüfte hat für den Kläger den Vortheil, daß sie stärker ist wie jede andere Klage, gerade so wie jede rechte Gewere stärker ist als alle andern Geweren. Denn der Kläger ist hier zunächst berechtigt, mit den Schreileuten d. h. denjenigen, welche dem Gerüft folgten, seine Klage unter der Voraussetzung zu beweisen, daß er sofort nach dem Vergehen seine Klage vorbringt, ehe eine Nacht nach ihr vergangen ist [3]). Läßt der Kläger, der das Gerüfte erhoben hat, eine Nacht vorübergehen, ohne zu klagen, oder klagt er, da er den Gegner nicht fängt und ihn auch nicht kennt, nicht einmal am nächsten Gerichtstag, so wird seine rechte Klage eine einfache, schlechte [4]). Aus diesem Grund ist der Kläger auch berechtigt für den Fall, wo er den rechten Richter nicht antrifft, beim Frohnboten, Burmeister oder Gaugreben seine Klage anzustellen [5]) und weder gebundene Tage, noch festgesetzte Friedenstage, noch gelobter Friede können die Verhandlung

---

1) Sächs. Landr. II. 35. III. 64. 5. Schott I. Magdeburg. R. Art. CXV—CXVIII. Kulm. R. III. 32.

2) Sächs. Landr. II. 64. 1. 4. Kulm. R. III. 29. 32.

3) Sächs. Landr. I. 70. §. 3. Kulm. R. III. 1—3. 33.

4) Schott III. Freib. Stadtr. XXVII. 3. „verschwiget man abir daz necste dinc, daz man die wunden nicht offenbart . . . . oder daz man ir nicht beginnet zu vorderen, so ist die wunde verloren also daz man ir nicht gevorderen mac kempfliche, als recht ist, eine schlechte klage mag man wol darumme tun der muz man antwerten." Schott I. Magdeb. R. LI.

5) Sächs. Landr. I. 55. 2. I. 56. I. 57. II. 13. 2.

und das Urtheil über die Klage verzögern [1]). Der Verklagte kann gewöhnlich bei solchen Klagen nicht mehr mit seinem Eid allein die Klage abwehren, sondern bedarf Gegenzeugen. Ist gar der mit Gerüft beschriene auf handhafter That gefangen, so steigert sich die Schwierigkeit des Verklagten, Gegenbeweis zu liefern [2]) und höchstens hat er die Befugniß, sich durch den Zweikampf zu vertheidigen.

Hat der Verletzte zwar das Gerüfte erhoben, ohne jedoch den Verbrecher zu fangen und zu kennen, und erfährt er später den Namen des Verbrechers, so darf er vor Gericht gegen den Gegner so verfahren, als wäre dieser auf handhafter That gefangen genommen, er unterwindet sich nemlich mit richterlicher Genehmigung seines Gegners vor Gericht, d. h. er faßt seinen Gegner am Kragen seines Gewandes [3]). Wie das Gerüfte den Zweck hat, den Gegner gefangen zu nehmen, sich seiner Person als des wirklichen, unzweifelhaften Thäters zu unterwinden, so auch wiederholt sich dieses bei der Aufforderung zum Zweikampf. Diese Ansicht bestätigt sich auch durch die Erklärung des Klägers, er habe den Verklagten auf handhafter That gesehen und mit dem Gerüfte beschrien [4]), welches aber da-

---

1) Sächs. Landr. II. 10. 13. II. 66. 2. III. 9. 2.

2) Sächs. Landr. I. 66. 1. III. 88. 4. Jütsch. Low II. 106. Schwäb. Landr. c. 247—48. Kulm. R. III. 32. Siehe auch §. 24. u. 26.

3) Sächs. Landr. I. 63. 1. „sve kampliken grüten wille enen sinen genot, di mut bidden den richtere, dat he sik *underwinden* mute enes sines vredebrekeres to rechte, den he dar se." Sächs. Landr. I. 51. 5. Schott III. Freib. Stadtr. XXVII. Schott I. Magdeb. R. Art. XLIII. Kulm. R. II. 66. Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 79.

4) Sächs. Landr. I. 63. 2. „so spreke he (der Kläger) vort,

mals keinen Erfolg hatte, denn sonst würde der Kläger nicht gezwungen sein, den Zweikampf zu wählen. Der Unterschied zwischen dem erfolgreichen Gerüft und zwischen der Angabe des Gerüfts beim Zweikampf ist der, daß beim ersteren auf die Gerüftserhebung die Gefangennahme, die Unterwindung des Gegners erfolgt, beim letzteren dagegen erst das Unterwinden, und dann die Angabe des Gerüftes geschieht. Die Klage mit Gerüfte und die Klage mit der Aufforderung zum Zweikampf sind nun im Gegensatz der übrigen Klagen die rechten Klagen. Die Bezeichnung rechte Klage bedeutet hier solche Klagen, die wo möglich den Verbrecher seines Verbrechens überführen, und ihn zur Bestrafung ziehen. Das Gericht verpflichtet selten Jemanden eine Klage wegen Verbrechen anzustellen. Will man aber ein Verbrechen verfolgen, so soll man, so weit man kann, eine echte, eine rechte Klage anstellen, die denn auch, wo möglich, den Erfolg hat, den Verbrecher zu überführen, und ihn zur gehörigen Bestrafung zu bringen.

Die charakteristischen Merkmale der rechten Klage aus Vergehen sind also die, daß der Kläger unmittelbar nach begangenem Verbrechen mit Schreileuten, beziehungsweise mit dem Zweikampf, wo er dann nicht unmittelbar nach der That zu klagen braucht, klagt und mit diesen Personen sich zum Beweis erbietet, dem so leicht der Verklagte nicht ausweichen kann.

II. Klagen aus dem Schutz und Frieden, den das Gericht als Vertreter des Volks und des Herrschers einem einzelnen Grundstück als einem festen Bestandtheil des Volksgebiets unmittelbar gewährt.

---

dar sach ik selve en selven, unde bescriede' ne mit dem rüchte.“ Kulm. R. II. 67. Schott III. Freib. Stadtr. XXVII. 7.

Wie der von echten Volksgenoßen Geborene wegen seiner rechten Geburt ein Recht darauf erlangt, daß ihm das Gericht Hülfe und Schutz gewährt, so erwirbt auch das innerhalb des Volksgebiets gelegene Grundstück wegen seiner Lage einen Anspruch auf gerichtlichen Schutz. Wie der Abkömmling eines Volksgenoßen erst dann vollständig berechtigt wird aus dem Volksfrieden zu klagen, wenn er in die Volks- und Gerichtsversammlung zugelaßen ist, so erhält ein Grundstück als ein Bestandtheil des Volksgebiets erst dann wahren Rechtsfrieden, wenn im echten Ding das Gericht das Recht an ihm zuerkannte, oder den Frieden über dasselbe wirkte [1]). Da nun die Mobilien keinen besondern Frieden vor Gericht erhalten, so folgt auch, daß nur derjenige als Vertreter der beweglichen Sache auftreten kann, welcher sie zuerst in seinen Frieden durch seine Privathandlung gehabt hat. Folglich muß z. B. der Verkäufer einer beweglichen Sache sie so lange vertreten, als bis er lebt [2]), während dagegen bei den Grundstücken die Zuziehung des Gerichts bewirkt, daß derjenige, welcher vor Gericht sein Recht erhielt, auch später dieses vor Gericht selbstständig vertreten kann [3]). Vermag doch die Einwirkung des Gerichts die an und für sich nicht vollgültige Uebertragung durch Ablauf von Jahr und Jahr zu einer gültigen umzuschaffen. Ist dagegen das Gericht nicht hinzugezogen, so stehen die Immobilien bezüglich der Vertretung den Mobilien gleich [4]).

---

1) Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. CX. „man en mac nih ein eigen gegebben, sunder kuniges banne unde greven banne." Sächs. Landrecht I. 52. 1. Dist. I. 43. 5. I. 44. 1.

2) Sächs. III. 83. 3.

3) Sächs. Landr. II. 44. 1. III. 38. 1. III. 83. 1—3.

4) Sächs. Landr. III. 83. 3.

Wie nun bei Verbrechen gegen Personen diejenigen Klagen rechte sind, die mit Hinzuziehung vor Gerichtspersonen d. h. hier Schreileuten beginnen, so auch gilt dieses für Klagen um Sachen. Eine rechte Klage ist daher bei Immobilien diejenige, welche mit Hinzuziehung des Gerichts beginnt. Da durch das Gericht das ursprüngliche Recht an der Sache übertragen worden ist, so ist nichts natürlicher, als mit Hinzuziehung des Gerichts die Klage zu beginnen. Und die beste unter den rechten Klagen ist unstreitig nun diejenige, wo nicht allein die Klage mit dem Gericht begonnen, sondern auch mit dem Gericht bewiesen und vollendet wird. Dann ist vorhanden in dieser Beziehung eine rechte Klage, eine rechte Gewere, die alle übrigen Klagen, alle übrigen ihr entgegenstehenden Gewaren an der Sache ausschließt[1]). Eine solche Klage ist natürlich dann unstatthaft, wenn diese Uebertragung vor Gericht fehlte. Denn wie soll derjenige mit Zuziehung des Gerichts unmittelbar auf ein Grundstück klagen, dem zur Begründung seines Rechts die Zuziehung des Gerichts, die Grundlage der Rechte an Immobilien, mangelt[2])! Bei Mobilien dagegen, die ja nicht vor Gericht als selbstständige Sache übertragen werden, kann eine rechte Klage nur dann stattfinden, wenn sie auf unrechtmäßige Weise ihrem Inhaber entzogen oder vorenthalten wird. Denn dann ist der gerichtliche Schutz und Frieden verletzt, den die Grundgewere erhielt, in deren Umkreis sich die Mobilie befindet oder den die Person empfing, die ursprünglich die Mobilie inne hatte.

---

1) Vergl. auch §. 22. über den Beweis.

2) Dist. 146. 9. „wer erbe adder farnde habe had in gewern, recht adder unrecht, do en sal on nymant uszwiszen, man breche sy mit *rechter* clage unde mit *rechte.*“ Sächs. Landr. II. 24. 1.

Wie nun bei Verbrechen gegen die Person der Ausdruck unterwinden eine rechte Klage bezeichnet, so gilt dieses auch für die rechten Klagen bei Sachen, namentlich bei Grundstücken [1]). Außerdem bezeichnet eine rechte Klage bei Mobilien auch der Ausdruck Anfang [2]).

Albrecht [3]) behauptet nun die Ausdrücke, sich der Sache unterwinden, eine Sache anfangen, hätten gleiche Bedeutung mit den Worten, sich zu der Sache ziehen, welche Ansicht aber nicht richtig zu sein scheint. Denn der Ausdruck unterwinden bedeutet sowohl bei Straf-Klagen gegen Personen, als bei Klagen gegen Immobilien und gegen Mobilien eine Handlung, die mit Hinzuziehung, mit Erlaubniß des Richters ausgeführt wird. Der Ausdruck dagegen sich zu einer Sache ziehen wird gebraucht von Klagen, die ohne besondere gerichtliche Erlaubniß gewöhnlich mit Zuziehung von Zeugen unternommen werden [4]). Allerdings sind Zeugen nicht immer absolut nöthig, z. B. wenn Jemand sein ihm angestorbenes Erbgut beweisen will [5]). Der Ausdruck sich

---

1) Sächs. Landr. I. 52. 1. „gift he weder rechte sunder erven gelof, die erve *underwinde's* sik mit ordelen" II. 36. 2. III. 43. 1. 2. III. 21. 3. Auctor vetus de beneficiis II. 29. „haec bona in duorum hominum suorum audientia *attrahat* sibi per nuntium." Görlitzer Lehnr. XXV. §. 29. Dist. I. 43. 1. IV. 42. 16.

2) Schott III. Freib. Stadtr. Art. IX. X. XI. Sächs. Landr. III. 22. 3. III. 43. 1. Dist. IV. 42. Schwäb. Landr. c. 265. Kulm. R. II. 81. III. 127—130.

3) Gewere S. 81.

4) Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. XC. Sächs. Landr. I. 28. II. 29. II. 35. 4. 7. II. 69. 1. Kulm. R. III. 80. 107. IV. 24.

5) Böhme, dipl. Beitr. Th. IV. S. 91. „czu bewisunge anirstorbenem erbes darff kein man keiner geczuge sunder

zu einer Sache ziehen, bedeutet nichts anderes, als daß Jemand unmittelbar auf eine Sache klagt, und zugleich sein ihm an der Sache unmittelbar zustehendes Recht zu beweisen sucht und zu beweisen hat. Das Unterwinden, das Anfangen einer Sache sind dagegen Handlungen, welche dem Ziehen einer Sache vorhergehen können, aber keineswegs mit ihm verbunden sein müßen.

Noch viel weniger sind beide Handlungen ganz synonym, sondern sie bestehen ganz selbstständig nebeneinander. Dieses beweist ganz deutlich die Bestimmung, daß der Kläger, welcher eine ihm gestolene Sache bereits geanfangt hat, in dem Falle, wo der Auktor des Verklagten diesen nicht vertheidigt, sich nun mit zwei Zeugen zu der Sache ziehen muß [1]. Ferner wird in allen den Fällen, wo der Richter eine Sache an sich nimmt, niemals gesagt, „er zieht sich zu einer Sache, sondern er unterwindet sich derselben." Denn der Richter kann unmöglich sich zu einer Sache ziehen, da von seiner Seite als obrigkeitlicher Person nur ein Unterwinden denkbar ist [2].

Wenn dagegen ein Privatmann sich einer Person, einer Immobilie, einer Sache vor Gericht unterwindet, so hat dieses den Zweck, dem Gegner die leichteren Beweismittel, wie z. B. den Eid, abzuschneiden, sowie hauptsächlich das

---

wenne erbe anirstirbit, der sal komen vor gehegit ding und sal benumen den der das erbe gelassin hat, und dornoch das her im gesippe sihe und sal die mogeschafft bewisen mit sines eigens hant uff den heiligin also sal her sich czu dem erbe zihen."

1) Sächs. Landr. II. 36. 7 „selve |dridde sal he sik dar to tien d'et anevanget hevet; of jeme burst wirt an deme geweren." Siehe auch Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. S. 107.

2) Schwäb. Landr. v. Laßberg c. 30. 215.

Verhältniß auf den Zeitpunkt zurückzubringen, wo die ursprüngliche Ursache, die Begründung der Unterwindung entstand [1]).

Uebrigens ist nicht absolut immer nöthig, daß der Unterwindende gegen seinen Willen nicht früher beseßen hat, sondern er kann auch für eine Zeit lang freiwillig den Besitz einem Andern gestattet haben, z. B. die Kirche, die ein Grundstück von einem Dritten erhalten hat, gestattet, daß er diese für die Zeit seines Lebens besitzt. Hier wird ebenfalls von der Kirche gesagt, sie unterwinde sich beim Tod des Inhabers der Immobilie so, als wäre sie von der Zeit der Eigenthümersübertragung an schon in ihrem Besitz gewesen [2]). Der Unterwindende will gleichsam dasjenige rückgängig machen, was von dieser ursprünglichen Begründung der Unterwindung an bis zur Zeit der jetzigen, wirklich ausgeführten, erfolgt ist. Derjenige, der sich einer Person wegen eines Verbrechens vor Gericht unterwindet, will den Moment reproduciren, wo er mit seinen Schreileuten umsonst den Verbrecher verfolgte. Der Unterwinder einer Immobilie beabsichtigt in Bezug auf die Sache die Zeit darzustellen, wo er zur Unterwindung der Sache zwar be-

---

1) Richtsteig des Lehnr. c. 15, des Landr. I. c. 25. „so frag nach dem das er das vor gericht bekant, das er (der Vater) es (das Erbgut) aufgegeben hat, ab ich (der Sohn) is nicht pillig mit recht unterwinden muge also ab er tot wer, nach dem er es vergab als er es nicht vergeben mocht. Das findet man."

2) Siehe die häufig in den Formeln vorkommende Clausel „post obitum vero absque illius judicis vel heredum exspectata traditione perpetualiter recipiant possidendam tanquam *si ad praesens absque usu nostro eorum* fuisset *subsecuta possessione.*"

rechtigt war, aber unrechtmäßiger Weise gegen seinen Willen nicht unterwinden konnte. Derjenige, welcher einer Mobilie sich unterwindet, strebt die Zeit zu veranschaulichen, wo die Sache ihm gegen seinen Willen aus seiner Gewere entzogen ward. Derjenige dagegen, der sich mit Zeugen zu einer Sache zieht, ohne sich ihr zu unterwinden, behauptet zwar auch ein unmittelbares Recht an der Sache und kann auch nicht durch den blosen Eid des Gegners abgewiesen werden [1]), aber er ist zufrieden, wenn nur sein Recht von der Zeit seiner Klage an fest und sicher steht und anerkannt wird. Aus diesen Gründen wird denn auch in den Fällen, wo eine Sache aus der Gewere ihres Inhabers wider deßen Willen kommt, ohne jedoch daß ein Dritter auf unrechtmäßige Weise dieses verschuldete, dem Inhaber nur ein Ziehen zur Sache, nicht ihre Unterwindung eingeräumt, z. B. er verliert sie, sie wird gefunden und öffentlich aufgeboten, die Wogen führen sie fort, der Richter nimmt ein Erbgut, weil die Erben abwesend sind [2]). Ferner ist hier das blose Ziehen zur Sache hinreichend, weil der Kläger nicht zu befürchten hat, daß sie unterschlagen oder absichtlich beschädigt wird. Bei der wirklich begründeten Unterwindung ist die Lehre vom Zufall, vom Fruchtgenuß, von den Verschlechterungen, von den Verbeßerungen, von der Bestellung dinglicher Rechte von großer Bedeutung. Denn der Unterwindende, der alles zurückführen will auf die Zeit, wo seine Befugniß zur Unterwindung begründet war, wird verlangen, daß das, was zum Nachtheil der betreffenden Sache vom Moment der begründeten Unterwindung bis zur

---

1) Sächs. Landr. I. 15.

2) Sächs. Landr. I. 28. II. 29. Richtsteig des Landrechts I. 12.

Zeit der ausgeführten geschehen ist, als ungeschehen gilt [1]). Es nähert sich dieses Verhältniß in gewißer Weise einem Römischen dominium revocabile ex tunc.

Daher ist denn auch selbst das blose Ziehen zu einer Sache, ohne mit ihrer Unterwindung verknüpft zu sein, wenn auch nicht als eine schlichte einfache, doch auch nicht als eine volle rechte Klage aufzufaßen. Denn das Ziehen zu einer Sache enthält nur die eine Hälfte der Klage mit Unterwindung. Wie bei den Vergehen nach vielen Statuten zwischen den rechten Klagen, den Klagen mit Gerüfte und denen mit blosem Eid, die mit Gezeugen vorgebrachten in der Mitte stehen [2]), so auch behauptet das Ziehen zu einer Sache, das ja auch gewöhnlich mit zwei Zeugen zu erfolgen pflegt, eine Mittelstufe zwischen den Klagen mit Unterwinden und zwischen den blosen Forderungen einer Sache.

Nach dem Grundsatz ferner, daß die Rechte an Mobilien nicht vor und von dem Gericht übertragen werden, sondern daß die Mobilien nur rechtlichen Schutz und Frieden haben, weil sie sich im Umkreis einer mit selbständigem gerichtlichen Schutz versehenen Person oder Immobilie befinden, kann unstreitig derjenige sie nicht in seinen Schutz unmittelbar wieder zurückbringen und sich ihrer unterwinden, sondern sie nur mit einer ganz einfachen Klage zurückfordern, welcher sie freiwillig aus seinem Schutz in den Schutz und Frieden eines Dritten giebt. Folglich kann der Deponent oder Commodant sich nicht der Sachen unterwinden, sobald er sie aus seinem Schutz und Frieden in den des Depositars oder Commodatars überliefert hat, und dieser sie frei-

1) Vergl. §. 5. 10. 11

2) Kulm. R. III. 32.

willig oder unfreiwillig in den Frieden und Schutz eines Dritten kommen läßt[1]).

Gegen diese Regel scheinen nun aber einige Stellen zu sprechen und zwar zunächst der Art. 43. §. 1. des Sächsischen Landrechts III. Buch „sves sik die man underwint mit unrechte, dat ime mit rechte afgewunnen wert, he mut it mit bute laten. §. 2. sves he sik aver underwint mit jenes willen, des it dar is, oder dat he ime liet oder to borge dut, ne gilt he's nicht, oder ne dut he's nicht weder to bescedenen dagen, he blift is ane wandel, he ne hebbe't vor gerichte gelovet." In dem ersten §. wird der Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, der sich einer Sache unterwindet, alsdann Buße bezahlt, sobald ihm die unterwundene Sache wieder mit Recht abgenommen wird. Wenn nun im zweiten §. keine Buße von dem gezahlt wird, der sich einer Sache unterwindet, so setzt dieses voraus, daß in den erwähnten Fällen der Unterwindende die Sache behält, Der Letztere muß jedoch zugleich hier nicht ganz rechtmäßig durch die Unterwindung verfahren haben, denn sonst würde es ganz überflüßig sein, zu bemerken, daß in den angegebenen Fällen des §. 2. der Unterwindende keine Buße zu

1) Sächs. Landr. II. 60. 1. „svelk man enen anderen liet oder sat perde, oder en kleid, oder jenegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet, jene die sie verlegen, oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte." Dist. IV. 42. 6. 7. Schott, Magdeb. R. CXIV. LIII. III. Freiberger Stadtr. S. 299. Lappenberg, Hamburg Rechtsdenkmäler. Hamb Stadtr. v. 1270. IX. 21. 1292. M. 17. 1467. Heumann, Ingolst. Stadtr. 35. 48. Albrecht l. c. S. 86—89.

zahlen hat. Denn dieses versteht sich ja sonst in allen den Fällen von selbst, wo der Unterwindende Recht behält. Die Unrechtmäßigkeit, die Rechtswidrigkeit von Seiten des Deponenten oder Commodanten, welcher sich einer Sache unterwindet, die er freiwillig dem Depositar, dem Commodatar überlieferte, scheint nun in dem Umstand zu bestehen, daß er eine Unterwindung der Sache bei dem Commodatar oder Depositar vornimmt, die doch mit seinem Willen die Sache aus seinem Frieden und Schutz in den ihrigen nahmen. Diese Unregelmäßigkeit ist jedoch nur ein Verstoß gegen das formelle Recht. Denn da der unterwindende Commodant oder Deponent die Sache behält, folglich beweist, daß die Sache ihm gehörte, und er sie nur als Depositum, als Commodat dem Dritten überlieferte, so ist in Rücksicht auf diesen durchgeführten Beweis ihm die Verpflichtung erlaßen, wegen seiner an und für sich unrechtmäßigen Unterwindung Buße zu zahlen. In derselben Weise wird der Depositar, der Commodatar behandelt, gegen den die Unterwindung ausgeführt wird. Er handelt dadurch widerrechtlich, daß er über die bestimmte Zeit hinaus das Depositum, das Commodat zurückbehält, und müßte aus diesem Grund eigentlich nach der Strenge des Rechts Buße zahlen. Da aber der Commodant, der Deponent auf ungehörige Weise ihm die Sache abnimmt, so braucht er keine Buße zu leisten, beide also, Kläger und Verklagter, zahlen keine Buße, weil ein jeder von ihnen sich eine Widerrechtlichkeit gegen den andern zu Schulden kommen läßt, die gegenseitig gleichsam compensirt werden. Wenn dagegen der Depositar, der Commodatar nicht allein nicht zur bestimmten Zeit die angefangene Sache dem Eigenthümer zurückgiebt, sondern sogar dem Eigenthümer auf deßen Forderung, ihm die Sache abzuliefern, leugnet, von ihm die Sache erhalten zu haben,

dann kann der Eigenthümer sich der Sache unterwinden, wo er sie beim Depositar oder Commodatar sieht, und dieser muß wegen seiner groben Gesetzwidrigkeit Buße zahlen[1]). Im ersteren Fall überliefert der Commodatar, der Depositar nicht zur gehörigen Zeit von freien Stücken die Sache, wie solches seine Schuldigkeit ist, im letzteren Fall dagegen verweigert er die Herausgabe, widersetzt sich dem Deponenten, Commodanten[2]) und sucht die Sache wie ein Dieb zu unterschlagen.

Wenn ferner Albrecht die Stelle des Sächsischen Landrechts II. 60. 2. „stirft aver jene rechtes dodes oder unrechtes, so *tie* he sik to sime gude mit rechte jegen den erven oder gegen den richtere, of it an in geboret“, so erklären will, daß der Ausdruck „ziehen“ keine dingliche Klage, sondern nur eine einfache persönliche Forderung bedeutet, so scheint diese Ansicht unrichtig zu sein. Der Ausdruck „ziehen“ ist hier in seinem einfachen Sinn genommen, er bedeutet weder sich der Sache unterwinden, noch auch gegen sie blos aus einer persönlichen Klage klagen. Der Kläger behauptet nemlich, daß ihm die Sache zur Zeit der Klaganstellung gehöre, er behauptet aber nicht, daß er, so lange der Commodatar, der Depositar lebte und die Sache inne hatte, berechtigt war, sich unmittelbar an der Sache zu vergreifen. Durch den Tod des Depositars, des Commodatars hat sich das persönliche Verhältniß, in dem er zu dem Deponenten, dem Commodanten stand, aufgelöst. Denn der Depositar, der Commodatar hatten die Sache in ihren

---

1) Sächs. Landr. III. 22. §. 3. „underwinden mut sik ok wol en man sinis gudes, svar he't süt, mit *rechte*, dat man ime mit unrechte vor unthalde over bescedene tiet.“ Dist. IV. 42. 16.

2) Vergl. auch Albrecht l. c. S. 89—90.

Frieden, in ihren Schutz erhalten, welcher in dieser Weise auf ihre Erben nicht übergeben konnte. Denn das Verhältniß des Erblaßers zur commodatirten, deponirten Sache galt nur für ihre individuelle concrete Persönlichkeit und muß mit deren Untergang ebenfalls wegfallen. Der Erbe hat einstweilen die Sache in seinem Gewahrsam, gerade so wie der Richter, wenn Jemand stirbt, und der Erbe noch nicht da ist, die Güter des Verstorbenen in Gewahrsam nimmt. Kommt nun der ursprüngliche Deponent, Commodant, so gilt dieser in Bezug auf die Sache nicht mehr als Deponent, als Commodant, der mit seinem Willen die Sache aus seinem Schutz herausgab, sondern er wird in Bezug auf die deponirte, commodatirte Sache so angesehen, als wäre sie wider seinen Willen, aber nicht auf unrechtmäßige Weise aus seinem Schutz in den Schutz eines Andern gekommen. Wie derjenige, der eine bewegliche Sache durch Zufall verliert, sich zu derselben zieht und sich nicht ihr unterwindet, so zieht sich auch der frühere Commodant, Deponent wieder zu seiner Sache.

Mit dieser Ansicht, daß derjenige, welcher freiwillig einem Dritten seine bewegliche Sache überliefert, ohne sie ihm zum Eigenthum zu übertragen, berechtigt ist, sich zu seiner Sache zu ziehen, wenn der Empfänger aufhört, sie in seinem Schutz zu haben z. B. wenn er stirbt, wenn er die Sache im Stich läßt, ohne sie in den Schutz eines Dritten zu überliefern, oder sie auf eine unrechtmäßige Weise verliert, oder sie wider seinen Willen einzubüßt, stimmt auch das Kulmische Recht überein. Denn dasselbe sagt ausdrücklich, daß wenn ich einem Schneider ein Gewand zum Zuschneiden gebe, oder einem Dritten ein Pferd vermiethe, und ihre Inhaber ergreifen die Flucht, der Miether,

der Vermiether sich zu ihren Sachen ziehen können [1]). Albrecht [2]) erklärt dieses aus der besondern Natur der Verhältnisse. Nach ihm sollen kraft einer besonderen Modifikation des Anfangs und der Regel, Hand muß Hand wahren, die Gläubiger nicht Güter des Schuldners ansprechen, die nicht sein Eigenthum sind. Er übersieht aber, daß ausdrücklich in der Stelle hervorgehoben wird, „der Schuldner sei flüchtig geworden [3]).“ Für diese Behauptung spricht auch folgender Fall. Hat nemlich der Eigenthümer mit Vorbehalt seines Eigenthums seine Sache einem Dritten überliefert, so ist dieser Empfänger berechtigt, sich der Sache zu unterwinden, wenn sie ihm gestolen wird. Entweicht der Bestolene aber, oder stirbt er vor angestellter Klage, so ist nun der Eigenthümer berechtigt zu klagen [4]).

---

§. 20.

Fortsetzung.

Wie bei dem Unterwinden von Personen dem Verklagten sein Beweisrecht sehr erschwert wird, so gilt dieses auch

---

1) Kulm. R. V. 4.

2) L. c. S. 93. N. 192. c. Siehe auch Böhme, dipl. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 115.

3) Kulm. R. V. 4 „gebit eyn man syn gewant eime snyder tzu machene ader vormyttet eime syn pferd, und wird der snyder *abtrünnig* . . . . so mogen dy lute, der daz gewant adir vyhe ist, sich wohl *dortzu tzyhen*.“

4) Kulm. R. V. 33.

für die Unterwindung von Sachen. Denn beide Klagen beginnen mit Hinzuziehung des Gerichts, und wenn auch bei der Unterwindung von Immobilien nicht immer Gerichtspersonen als Zeugen vom Kläger vorgebracht werden, sondern er häufig nur seine Nachbarn als Privatzeugen vorzubringen vermag, so ist doch schon dieses Zeugniß, das einstweilen das gerichtliche Zeugniß ersetzen soll, hinreichend genug, um dem Verklagten sein Beweisrecht zu erschweren, und seine blos subjective Ansicht den auf objective Thatsachen gegründeten Aussagen der Zeugen unterzuordnen. Wenn ferner bei dem unbegründeten Unterwinden von Personen wegen angeblicher Verbrechen der abgewiesene Kläger Buße und Wette zu zahlen hat, so gilt dieses auch in ähnlicher Weise für das unbegründete Unterwinden von Sachen [1]). Da nun das Unterwinden einer beweglichen Sache in verschiedner Form vorkommen kann, so ist solches hier zu erläutern, und zwar wird als Muster für die Fälle, wo überhaupt Jemand auf unrechtmäßige Weise seine Mobilie verliert, und sie wiederum in seine Gewalt zu bringen sucht, der Anfang der gestolenen Sache erklärt werden. Denn Diebstal und Raub sind hauptsächlich die Fälle, wo der Anfang am meisten zur Anwendung kommt[2]), sie sind aber keineswegs, wie einige behaupten wollen, die

---

1) Sächs. Landr. I. 53. §. 2. „sprikt die man gut an unde klaget he dar up, unde wirt he mit rechte dar up gewiset, he blift is ane bute unde ane wedde, de wile he's sik nicht underwint.“ Dist. IV. 43. 1. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 309. Richtsteig des Landrechts I. 16.

2) Dist. IV. 42. 1. „von rechte sal man keyn gud anefangen, wen dubig gud adder geroubet gud adder gud daz eyn gesinde also eyn mayt adder knecht syme herren obel zcu brengen adder siner fruwen.“ Kulm. R. II. 81. III. 127. 130.

einzigen. Denn der Anfang kann überall da angewendet werden, wo der Eigenthümer seine ihm unrechtmäßiger Weise abhanden gekommene oder vorenthaltene Sache antrifft [1]).

Nach folgenden Grundsätzen ist nun beim Anfang einer gestolenen Sache zu unterscheiden.

1) Der Dieb wird mit der gestolenen Sache entweder auf der That ertappt, oder ehe vierundzwanzig Stunden nach dem Diebstal vorübergegangen sind [2]), mit erhobenem Gerüfte verfolgt und gefangen genommen [3]). Dem gefangenen Dieb wird die gestolene Sache auf den Rücken gebunden, und er selbst sofort vor das Gericht gebracht [4]). In diesem Fall, wo mit dem Anfang der Sache zugleich eine Unterwindung der Person verknüpft ist, kann natürlich der gefangene Dieb sich nicht auf einen Vertreter der Sache berufen, der diese vor Gericht vertritt, ebensowenig wie ein auf handhafter That ertappter Verbrecher berechtigt ist, mit seinem Eid die Anklage abzuweisen. Denn in beiden Fällen wird ein Dritter und nicht der Gefangene des Vergehens beschuldigt [5]). Zum Beweis der handhaften

1) Richtsteig des Landrechts I. 14. 11. „oick suldy weten dat somige lute seggen dat anvangh an genen dingen en geschuyt to rechte dan an dene dat oen verstalen off genomen woert. des en is doch niet want een ygelik moet sich des süns wail onderweynden *wair hüt suyt*."

2) Im älteren Recht waren drei Tage zur vestigii investigatio gestattet. lex Sal. tt. 37. lex Rip. tt. 72. Platner über d. h. G. d. S. u. d. Gh. d. D. R. Bd. I. S. 140-141.

3) Sächs. Landr. I. 57. II. 64. 2. III. 38. I. Schwäb. Landr. c. 247. 248.

4) Gengler, Braunschweig. Stadtr. a. d. 13. Jahrh. §. 28. Ravensburg. Freiheitsbrief v. 1299. Ulm. Stadtr v. 1296. §. 36 37. Richtst. d. Landr. I 49. Jüt. Low II. 57. 95. Sächs. Landr. II. 64. 2.

5) Schwäb. Landr. c. 244. Sächs. Landr. III. 35. I. Jüt. Low II. 106. Schott I. Magdeb. R. 96.

That genügt gegen den Gefangenen bald der Eid des Anklägers [1]), bald wird noch außerdem vom Bestolenen der Eid von sechs Gezeugen erfordert [2]). Wird der Dieb zwar gefangen genommen, aber ohne daß man bei ihm die gestolene Sache findet, so ist zwar auch der Kläger zunächst zum Beweis berechtigt, aber sein Eid genügt nicht, sondern die Mitglieder des Gerüftes müßen ihn noch bekräftigen [3]).

2) Man findet die Sache nach einem Tag oder auch noch nach längerer Zeit nach begangenem Diebstal bei einem Dritten.

a) Ist der Inhaber ein Mensch, der sein Recht verloren hat, so kann ihn der Bestolene der handhaften That beschuldigen und ihn nebst der gestolenen Sache gefangen nehmen [4]), selbst dann, wenn er die Sache ganz offen vor den Augen seiner Nachbarn gezeigt und gehalten hat [5]). Ist der Inhaber zwar kein Mensch, der sein Recht verlor, der aber die Sache im geheimen kaufte und verborgen gehalten hat, so folgt, daß er auch eines handhaften Diebstals vom Bestolenen beschuldigt werden darf.

---

1) Gengler, Ravensb. l. c. Braunschweig l. c. Ulm l. c.

2) Böhme, dipl. Beitr. VI. Schöffenurth. S. 124. Sächs. Landr. I. 66. III. 39. 3. III. 88. 4. Kulm. R. III. 32.

3) Gengler, Ravensburg l. c. Ulm l. c. §. 6. Vergl. auch Kulm. R. III. 32.

4) Dist. IV. 9. 4. Richtsteig des Landrechts I. 33. Gengler, Salzwedel. Stadtr aus dem 15. Jahrh. §. 87. Salfelder Statut aus d. 13. Jahrh. Art. IV. Sächs. Landr. II. 36. 1. Schwäb. Landr. c. 244. 265. Lappenberg, Hamb. R. I. Hamb. Stadtr. 1270. XII. 5. 1292 P. IV. v. 1297. 14. Dist. IV. 9. 4. IV. 42. 25. IV. 42. 3.

5) Die Stellen der vorigen Note. Schwäb. Landr. c 265 „swer über den andern tac sin diubic oder sin roubic guot bi jemande vindet der daz ofenlich gekoufet hat unde ofenlichen håt bebehalten, unde des geziuge hât, den mac man deheiner hantgetât geschuldigen, er habe danne sin reht verloren.“

b) Wird der Inhaber keiner handhaften That beschuldigt, oder kann er als ein unbescholtner Mensch keiner handhaften That beschuldigt werden, so verfährt der Bestolene, der seine Sache bei dem Dritten findet, und der nun sich nicht an die Person, sondern an die Sache hält, folgendermaßen.

Mit Erlaubniß des Richters, oder in Ermangelung seiner in Gegenwart des Frohnboten ergreift der Bestolene die angeblich gestolene Sache und bringt sie vor das Gericht. Obgleich der Anfang nur mit dem Boten des Gerichts erfolgt, so muß der Kläger doch nach einigen Statuten warten, bis die Sache aus dem Hause des Gegners ist [1]), um den Frieden der Gewere nicht zu verletzen, während nach anderen Rechten dies nicht nöthig gewesen zu sein scheint [2]). Will der Inhaber diese Wegnahme verweren, ehe sie vor das Gericht kommen, so ersucht ihn der Kläger, mit vor das Gericht zu gehen. Verweigert dieses der Inhaber, so schreit der Bestolene das Gerüfte, ergreift den Inhaber gleichsam wie einen Dieb auf handhafter That, und bringt ihn sammt der Sache vor das Gericht [3]), wo er den Gefangenen des

---

1) Schott III. Freiberg. Stadtr. IX „welch man ein pfert anvangen wil, der sal sin warten an der vrien straʒen oder an dem marcte, oder an der trenke oder wo he wil ane in keinis mannis huse."

2) Sächs. Landr. II. 36. 1. Dist. IV. 42. 3. IV. 9 4. „der mag denne mit gerichtes loube sin gud anfangen, unde sich dorezu behalten mit rechte." Gengler, Salzwedel l. c. Schwäb. Landr. c. 241. Schott III. Freiberg. Stadtr. IX. von dem anevange einis pferdis „das pfert sal he ufhalden mit richters bote, mac he des richteris boten nicht gehaben, so halde heʒ selbe uf also lange bis he kumit und vure iʒ zu gerichte." Kulm. R. V. 43. §. 1.

3) Sächs. Landr. II. 36. 2. Rößler, Prag. Stadtr. §. 184.

Diebstals mit Gerüfte anklagt. Kommt aber der Inhaber freiwillig vor Gericht, so nimmt nun der Bestolene in feierlicher Weise die Unterwindung der Sache vor. Bei leblosen Sachen besteht sie darin, daß der Kläger die Sache mit der linken Hand nimmt und mit der rechten schwört [1]). Dagegen bei lebendigen Gegenständen, wie z. B. beim Vieh, erfolgt die Unterwindung in folgender Weise. Der Bestolene tritt mit seinem rechten Fuß auf den linken Vorderfuß des Pferdes, ergreift mit seiner linken Hand deßen rechtes Ohr und schwört, daß das Pferd sein war und noch sein ist [2]). Der Beklagte kann nun in folgender Weise verfahren.

1) Er behauptet, daß er zuerst die Sache in seinem Frieden gehabt hat, giebt also einen originairen Erwerbsgrund an. Seine Behauptung richtet sich nach der Natur der angeblich gestolenen Gegenstände; behauptet er z. B. beim Vieh, dasselbe groß gezogen, von Goldsachen, dieselben verfertigt, bei Linnen, solches gewirkt zu haben [3]), dann

---

Richtsteig des Landrechts I. 16. Kulm. R. V. 43. §. 1. 2, siehe auch die Stellen der vorigen Note.

1) Schott III. Freib. Stadtr. Art. XI. „he sulle iz nemen an den linken arm zu rechte und sulle sweren mit der rechten hant also."

2) Dist. IV. 9. 4. IV. 42. 3. 25. Kulm. R. III. 128—133. V. 43. 2. 3. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 124. Grimm W. I. Rechte der Waldboten zu Mainz. Schott III. Freiberger Stadtrecht 9. 10. Magdeb. R. Art. 48. Heumann, Bair. Landr. S. 63. 64. Vergl. auch Albrecht S. 84. Man könnte nicht ohne Grund annehmen, daß das Anfangen, was zwar in Gegenwart einer richterlichen Person erfolgt, aber nicht so feierlich wie das unterwinden, im engeren Sinn gleichsam den Anfang des Unterwindens ausmacht.

3) Richthofen, Schulzenrecht des Westerländischen Frieslands.

geht sein Beweis dem Anfang des Gegners vor und dieser wird abgewiesen.

2) Der Verklagte giebt keinen originairen Erwerbsgrund an, sondern einen abgeleiteten, behauptet folglich, daß die Sache aus dem Frieden eines Dritten in seinen Frieden gekommen ist. Hier ist zu unterscheiden:

a) Er behauptet, die Sache auf offenem Markt öffentlich gekauft zu haben, ohne den Verkäufer zu kennen. Dann giebt er ohne weiteren Nachtheil die Sache an den Kläger heraus, wenn dieser mit zwei vollkommenen Leuten beschwört, daß ihm die Sache gestolen ist[1]). Jedoch muß der Verklagte genau den Markt angeben, so wie er denn auch natürlich nach seiner Behauptung sein Kaufgeld einbüßt. Mit diesem Grundsatz steht in enger Verbindung die Bestimmung, daß der Verklagte ebenfalls ohne weiteren Schaden als den Verlust des Kaufpreises die Sache herausgeben muß, sobald er beschwört, er habe die Sache von einem ihm unbekannten Menschen gekauft[2]). Aus diesem Grund finden sich wahrscheinlich in den älteren Rechts-

---

Dist. IV. 9. 4. Kulm. R. V. 43. 2. Sächs. Landr. II. 36. 3. „sprikt aver jene dar weder, of it laken is, he hebbe't geworcht laten, of it en perd is oder ve, he hebbe't in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden jene die it in geweren hevet, of he't selve dridde siner gebure getügen mach, denne jene d'et anegevanget hevet." Jütsch. Low. II. 105. 1. 3. Rößler, Prag. Stadtr. §. 185. Richtsteig des Landrechts I. 17. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 99.

1) Kulm. R. III. 130. 133. V. 43. 2. Dist. IV. 9. 4. 42. 3. 7. 25. Lappenberg, Hamb. Rechtsdenk. I. Stadtr. v. 1292. H. V. Sächs. Landr. II. 36. 4. Rößler, Prag. Stadtr. §. 186. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. S. 17.

2) Edict. Rot. c. 235. Kaiserr. II. 64. Dieses verlangt jedoch in diesem Fall Zeugen, die bei dem Kauf zugegen waren.

quellen die Bestimmungen, die untersagen, von unbekannten Verkäufern zu kaufen [1]).

b) Der Verklagte beruft sich auf einen bestimmten Auktor. Diesen muß er nennen und stellen. Die einzelnen Rechte haben hier verschiedene Ansichten in Bezug auf die Verpflichtung des Klägers, dem Verklagten nachzufolgen.

Nach einigen Rechten braucht der Kläger das Gericht, wo er sich der Sache unterwand, nicht zu verlaßen, sondern der Verklagte hat seine Gewährsleute an dieses Gericht zu bringen [2]). Nach anderen Statuten hat der Kläger dem Verklagten nachzufolgen, aber nicht über vierzehn Tagereisen weit, und nicht über schiffbares Waßer [3]). Noch einige Rechte beschränken diese Verpflichtung des Klägers bis auf eine gewiße Anzahl von Gewährsmännern [4]). Aus der Natur der Mobilien folgt natürlich, daß der Verklagte wo möglich den zu stellen, oder den stellen zu laßen hat, der die Sache zuerst in seinem Frieden gehabt hat [5]).

Kommt nun der Vertreter und gewinnt gegen den Kläger den Proceß, so erhält er Buße, der Richter Wette [6]), der Verklagte seine Sache. Verliert er dagegen den Proceß, so verbleibt dem Kläger die Sache, der Auktor muß entweder seinen Auktor stellen, einen Kauf auf offenem

---

1) Vergl. z. B. Canciani I. capit. S. Prnp. c. 15.

2) Kulm. R. V. 43. 3. III. 30.

3) Sächs. Landr. II. 36. 5. 6. Dist. IV. 42. 25. IV. 9. 4. Richtsteig des Landrechts I. 13.

4) Gengler, Leobschütz. Stadtr. v. 1270. §. 50. bis auf sieben.

5) Sächs. Landr. II. 36. 6.

6) Sächs. Landr. II. 36. 5. Kulm. R. III. 128. Schwäb. Landr. c. 265. Glogau. Weisthum v. 1315. §. 7. Richtsteig des Landr. I. 13.

Markt beschwören, oder er wird wie ein Dieb bestraft [1]. Und hat er im letzteren Fall kein Vermögen, so ist sogar der ursprüngliche Verklagte verpflichtet einzustehen, nur kann er sich dann später, gleichwie im Wechselrecht beim regressus per ordinem, an seinen unmittelbaren Vordermann halten und dieser wieder an seinen [2].

Erscheint zwar der angebliche Auktor, verweigert aber die Vertretung, so zahlt der Verklagte jedenfalls Buße und Wette, und ist er ein anrüchiger Mann, so kann ihm solches eine peinliche Strafe zuziehen [3]. Kann der angegebene Auktor vom Verklagten nicht aufgefunden werden, so muß er schwören, nicht gewußt zu haben, daß die Sache gestolenes Gut war [4], er verliert zugleich aber die Sache und zahlt Buße und Wette [5]. Ist der angebliche Auktor wirklich gefunden und geladen worden, erscheint aber nicht vor Gericht, so verliert der Verklagte die Sache, ist aber von aller Buße und Wette frei, wenn er die richtige Vorladung beweist. Während des Processes gilt gewöhnlich als Regel, daß der Verklagte die Sache so lange in seiner Gewere behält, bis daß der Proceß entschieden ist [6]. Er muß jedoch Bürgen stellen, daß er das Gut zur gehörigen Zeit vorbringt, denn weigert er sich, dieses zu thun, so bekommt der Kläger die Sache in seine Gewere [7]. Stellt sich übrigens sein Auktor, so ist

---

1) Sächs. Landr. II. 36. 5.

2) Kulm. R. V. 43. 3. Vergl. auch S. 73—74. 118. 156.

3) Braunschweig. Stadtr. aus d. 13. Jahrh. §. 24.

4) Kulm. R. V. 43. 3.

5) Sächs. Landr. I. 52. 2. II. 36. 5. Dist. IV. 42. 8. Lappenberg l. c. Hamb. Stadtr 1292. P. V.

6) Sächs. Landr. II. 36. 8. Richtsteig des Landrechts I. 13.

7) Dist. IV. 42. 10.

dieser als der wahre Inhaber zu betrachten, denn er behauptet ja zuerst die Sache in seinem Frieden gehabt zu haben, und muß darum als der ursprünglich berechtigte Inhaber gelten [1]). Nach anderen Statuten wird der Besitz der Sache so getheilt, daß in den ersten vierzehn Tagen der Verklagte, in den nachfolgenden vierzehn der Kläger, und dann wieder der Verklagte die Sache erhält [2]). Einige Rechte bestimmen auch, daß entweder von Anfang an, oder nach vier Wochen die Sache, namentlich wenn sie eine leblose ist, dem Richter überliefert werde [3]), oder daß ein dritter Unparteiischer die Sache erhält [4]).

III. Die Klagen aus dem Schutz und Frieden, den der Einzelne, weil er Volks- und Gerichtsgenoße ist, Andern gegenüber für einzelne Rechtsverhältnisse verspricht oder sich versprechen läßt.

Sämmtliche Klagen dieser Art haben die Eigenschaft, daß bei ihnen nicht unmittelbar aus dem Frieden und Schutz der Persönlichkeit oder der Immobilien geklagt wird, sondern ihr Klagrecht ist ein aus dem Frieden der einzelnen Person für ein einzelnes rechtliches Verhältniß abgeleitetes. Eine Person verspricht vermöge des ihr zustehenden Schutzes und Friedens einer andern gegenüber ein Rechtsverhältniß zu erfüllen, oder läßt sich solches von einer andern versprechen. Ein unmittelbares Recht an Grundstücken oder an Personen können die einzelnen Privaten dagegen für sich nicht geben, und selbst bei Mobilien kann durch einen blo-

---

1) Sächs. Landr. III. 83. 3.

2) Gengler, Braunschweig. Stadtr. aus dem 15. Jahrh. §. 24.

3) Haltaus, Glossarium gemeine Hand S. 638—39. Braunschw. Stadtr. l. c. §. 27.

4) Schott III. Freiberg. Stadtrecht Art. IX. Lex Rip. tt. 35.

sen Privatvertrag ohne Ueberlieferung der Sache selbst niemals eine Gewere bestellt werden.

Die einzelnen Privaten vermögen daher auch bei Anstellung der Klagen aus Verträgen nicht einmal mit Hinzuziehung des Gerichts unmittelbar sich an einer Sache oder an einer Person zu vergreifen, und ein unmittelbares Recht gegen sie anzusprechen, sondern sie können nur das Gericht auffordern, daß dasselbe, sobald der Anspruch vom Gericht anerkannt ist, für eine möglichst rasche und gute Ausführung und Erfüllung der Ansprüche sorge. Diese Ausführung der Ansprüche durch das Gericht kann nun allerdings den Erfolg haben, daß am Ende der siegreiche Kläger ein bestimmtes, unmittelbares Recht gegen eine Person oder gegen eine Sache erlangt, aber im Ursprung der Klage ist solches nicht unmittelbar enthalten. Bei Klagen aus den mit dem Gerüfte beschrieenen Verbrechen unterwindet sich der Kläger sofort der Person, bei den rechten Klagen aus dem unmittelbaren Sachenfrieden unterwindet er sich sofort der Sache, dagegen bei diesen Klagen aus Privatverträgen hat der Kläger noch gar kein unmittelbares Recht an einem bestimmten Object, sondern der Richter soll ihm erst ein solches geben. In dieser Beziehung werden sie denn auch schlechte Klagen genannt, ohne Unterschied, ob der Richter in diesen persönlichen Forderungen gebeten wird, dem Kläger Grundstück, Fahrniß oder Geld zu verschaffen [1]).

---

1) Schott III. Freiberger Stadtrecht XLIX. 27. „ein man mac den andirn nicht um schult gegebin wan drier schlechtin clage in eime dinge, umme gelt, umme erbe, umme theil, umme gelubede, adir waz sletir clage ist.“ Richtsteig des Landrechts I. II. „dit (fahrende Habe) mach de cleger anspreken twyerleye wüs . . . myt ener *slechten* ansprache off hy mach dat anvangen.“

Während die Forderungen den dinglichen Klagen und Strafklagen entgegengesetzt werden, zerfallen sie aber selbst wieder, wie die übrigen Arten der Klagen, in rechte und schlechte Klagen [1]). Der Unterschied zwischen rechter und schlechter (schlichter) Klage bei Forderungen ist nun ähnlich dieser Unterscheidung bei dinglichen Klagen und bei Strafklagen. Denn auch bei den rechten Klagen aus Forderungen bringt der Kläger Beweismittel vor, deren Kraft der Verklagte mit seinem Eid oder mit seinen Eideshelfern zu vernichten nicht vermag.

Wie man bei den rechten Klagen aus Verbrechen und um Sachen das ganze Verhältniß auf den Zeitpunkt zurückzuführen sucht, wo die Berechtigung entstand, so bestrebt man sich auch bei den rechten Forderungsklagen, alles auf den Punkt zurückzuversetzen, wo das Klagerecht vorhanden war. Und die analoge folgerichtige Fortbildung des Deutschen Rechts hätte hier sicher und hat sogar hier und da schon [2]) dahin geführt, daß dasselbe, ohne Römische Rechts-

1) Rößler, Prager Statutarrecht Art. 119. „wirt aber ein recht zu unvarender habe geholfen umb *slechte* schult und nicht umb bereit ... gelt.“ „hilfet man aber zu varunder habe, es sey umb bereit gelde oder sunst *slecht* schult.“ Distinkt. III. 11. 4 „had eyn man eyme jodden briffe gesaezt umbe gelt, ... claget der jodde und betet, daz der sine briffe gutlich losze, spricht denne jener, he habe sy gelost, daz mus her kegen deme jodden irczugen selbderte. spricht aber der jodde he hette den brif vorlorn ... wan her daz getud, so sal he disseme der hern odder des rates brif geben unde des gerichtes quitebrife machen obir den vorlorn brif. Wolde er des nicht en tun, man schol in mit *rechter* clage darczu brengen.“ III. 12. 4. „wert eyn burge erclaget mit *rechter* erfolgeter clage, dy schult musz her (der erbe) gelden.“ III. 12. 5. III. 4. 14. 15. Böhme, diplom. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 138.

2) Vergl. §. 13. u. 14. Rößler l. c. Prager Statutarrecht Art. 62.

weisheit zu bedürfen, den Verklagten zur Zahlung von Interessen und Verzugskosten verurtheilte.

Wenn es ferner als ein charakteristisches Merkmal der rechten Klagen bei Verbrechen und Sachen gilt, daß sie unter Zuziehung von Gerichtspersonen beginnen, ja wo möglich mit diesen als Beweismittel durchgeführt werden, so gilt auch dieses von den rechten Klagen aus Verträgen. Denn die besten Klagen aus Verträgen sind diejenigen, welche sich auf gerichtliche Urkunden stützen, das schriftliche Dokument vertritt das Zeugniß der gerichtlichen Personen. Der Verklagte hat, eben so wie bei den andern rechten Klagen, nach seiner Verurtheilung aus einer rechten Klage den Kläger in einer weit kürzeren Frist zu befriedigen, als die dauert, in der er nach Verurtheilung aus einer schlechten Klage ihm zu leisten hat[1]). Diese rasche Vollstreckung des Urtheils ist bei den persönlichen rechten Forderungsklagen das, was bei den rechten Strafklagen, bei den rechten dinglichen Klagen die Unterwindung der Person, die Unterwindung der Sache einnimmt. Bei den rechten dinglichen und strafrechtlichen Klagen verbindet der Kläger mit der Unterwindung zugleich die Exekution seiner Klage, bei persönlichen Forderungen ist natürlich ihrer Natur nach solches unmöglich, denn die Exekution kann nur nach der bewiesenen und durchgeführten Klage erfolgen, aber in ihrer so schnellen Ausführung liegt eine Art Unterwindung. Die schnelle Pfändung der Sachen des säumigen Schuldners oder deßen persönliche Verhaftung vertritt die Unterwindung. Mit den sonstigen rechten Klagen haben ferner die rechten Forderungen auch den Grundsatz gemeinschaftlich, daß wenn bei den letzteren der Kläger siegt, er Buße erhält, dagegen wenn er sie verliert, Buße bezahlt[2]).

---

1) Vergl. §. 17. — 2) Vergl. auch §. 17. über den Verzug.

Als Mittel nun, um eine rechte Klage aus Forderungen zu erhalten, ist nun nichts natürlicher, als daß die Contrahenten bei Abschließung des Vertrags das Gericht hinzuziehen, denn dann ist das Schuldverhältniß in derselben Form begründet, aus welcher die rechten Klagen bei Grundstücken und bei Verbrechen entstehen. Da nun aber bei persönlichen Forderungsverhältnissen auch Zeugen die Stelle des Gerichts vertreten können, so genügt auch, um eine rechte Klage hier zu begründen, daß Zeugen bei Abschließung des Schuldverhältnisses hinzugezogen werden [1]. Ja ausnahmsweise sind gewiße Klagen, sogenannte Klagen aus dem Nothrecht, rechte Klagen, ohne daß der Vertrag vor Gericht oder vor Zeugen abgemacht wird [2].

Zu den rechten Forderungen gehören nun vorzugsweise folgende: als Klagen aus dem Nothrecht, Klagen um Gesindelohn, um rückständigen Pachtzins, um Zahlung für gelieferte Speisen [3]; ferner Klagen aus den vor Gericht abgeschloßenen oder aufgezeichneten Schuldverschreibungen, in denen der Verklagte verspricht, baares Geld an einem bestimmten Tag zu zahlen [4];

---

1) Dist. III. 106.

2) Vergl. auch §. 17. über den Verzug und das Kulm. R. III. 70 „welch man den andirn umme schult beclayt und gewynnet her dy mit *notrechte*, das müs her des selben tages gelden und mus dem richter gewetten.“

3) Kulm. R. III. 43. 81. 85. 86. Sächs. Weichb. Art. 91. Schott III. Magdeb. Stadtr. Art. 65 128.

4) Rößler l. c. Prager Statutarrecht Art. 119 „vorwilkuret odir vorschreibeth sich ymand umb bereit gelde, bezallet er *nicht auf den tag*, *als er sich vorscriben hat* oder vorvilkuret hat, wirt *zu seiner unvarender habe* . . . . also das man seine varende habe nicht findet ein recht geholfen . . . . wirt aber

Klagen, wo der Verklagte mit seinen Bürgen vor Gericht gelobet hat, an einem ganz bestimmten Tag das schuldige Geld zu leisten [1]); Klagen, wo der Verklagte dem Kläger vor Gericht versprach, an einem bestimmten Tag ohne alle Verzögerung den Gegenstand zu entrichten [2]).

Faßen wir schließlich diese verschiedenen Eintheilungen der Klagen zusammen, so ergiebt sich Folgendes. Der Hauptgrundsatz des Deutschen Rechts ist das bald unbewußte, bald bewußte Streben, bei der Bildung und Eintheilung des Rechts von der lebendigen leiblichen Persönlichkeit als dem Schöpfer und Träger des Rechts auszugehen, und die ihr zugehörenden Rechtsinstitute auch auf die sie umgebenden Sachen und auf die Verträge der Einzelnen zu übertragen, so weit deren Natur solches gestattet. Dieser Grundsatz, der tief im natürlichen Sinn des Deutschen Volks wurzelt, und nach den verschiedenartigsten Richtungen hin sowohl in hohen als niederen Sphären, in weiten und engen Kreisen, seine lebendige Kraft und seine nachhaltige Festigkeit in fest abgeschloßenen Erscheinungen offenbart, be-

---

ein recht zu unvarender habe geholfen ***umb slechte schult.*****"** Kulm. R. III. 118.

1) Kulm. R. III. 119 **„aleyne eyn schuldiger der eyn gelt schuldig ist myt sinen burgen myt gesamptir hant uf eynen benumeten tag gelobit hat tzu betzalen und des nicht entat und vor das gelt myt der hand geentwert und in der hanthafte gehalden wird von rechtis weyn."**

2) Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. S. 99. 102. 115. 126. Kulm. R. III. 124 **„gelobit eyn man deme andirn vor gehegetem dynge eyn gelt tzu gebene uf eynen benumeten tag ane getzog und ane hyndirnysse adir slecht. Der tag der komme so werde yener man gewyset tzu des schuldigeres erbe und der vorkoufe is vor syn gelt."**

währt auch bei Eintheilung der Klagen seine volle Wirksamkeit. Die Eintheilung, welche den Strafklagen der freien Persönlichkeit zu Grunde liegt, wiederholt sich in der Klageneintheilung der Immobilien, die den nächsten Rang nach der Persönlichkeit einnehmen. Ihre Eintheilung wird auf die Klagen gegen Fahrniß, die unmittelbar mit den Immobilien in Verbindung steht, übertragen und wiederholt sich von neuem in den Klagen aus den persönlichen Verträgen. Von der hohen Stellung der Strafklagen, welche unmittelbar die ganze rechtliche und leibliche Existenz der Person bedrohen, bis zu der niederen Stufe der einzelnen, freiwilligen friedlichen Vertragsverhältnisse bleibt sich die Klageneintheilung gleich. Die verschiedenen Hauptabtheilungen der Klagen stehen also nicht für sich abgesondert ohne inneren Zusammenhang, sondern sie sind organisch durch ein gleiches Grundgesetz unter einander verbunden.

Da über die Eintheilung sämmtlicher Klagen hauptsächlich die äußere Form ihrer Anstellung und die Natur ihres Beweises entscheidet, so sind nun die Grundgesetze über den Beweis bestimmter zu erklären.

---

§. 21.

Der Beweis.

Da die einzelnen Rechtslehren, namentlich die Klagen, in so innigem Zusammenhang mit dem Beweis stehen, daß ein berühmter Schriftsteller von ihnen mit Recht sagen konnte, sie erhalten von dem Verfahren im Gericht ihre

Form und gleichsam ihre Farbe [1]), so ist die Lehre vom Beweis für die richtige Erkenntniß der einzelnen Rechtsinstitute in der älteren Zeit von noch größerer Wichtigkeit, als wie in der neueren. Denn während in der neuesten Zeit durch eine Menge geordneter Gesetzsammlungen und Gesetzbücher, durch einen Reichthum wißenschaftlicher juristischer Werke, durch eine Fülle von gesammelten richterlichen Entscheidungen das Wesen und die Natur der einzelnen Rechtsinstitute im Ganzen klar und bestimmt festgestellt wird, ist im älteren Deutschen Recht gerade der Beweis sehr oft nöthig, um den Begriff der Rechtsinstitute selbst zu veranschaulichen und zu erklären. In dem Beweis nemlich ist häufig die Darstellung des Grundcharakters und der Haupteigenschaften der einzelnen Rechtsmaterien enthalten, deren Entstehung und Fortbildung die Parteien durch die Art ihres Beweises darlegen. In ihm kommt die rechtsbildende Gewalt des Volks fest und kräftig zum Vorschein, in ihm spiegelt sich klar und bestimmt, wie der Einzelne als Mitglied des Volks an deßen Rechtserzeugung lebhaft Theil nimmt, in ihm offenbart sich deutlich und sicher, in welchem tiefen inneren Zusammenhang der Einzelne zu seiner Familie, seinen Gemeinde-, seinen Mark-, seinen Gau-, seinen Volksgenoßen steht, in ihm zeigt sich augenscheinlich und entschieden, in welcher festen, engen, organischen Verbindung die einzelnen Rechtsinstitute untereinander stehen. Der Beweis führt uns mitten in die Werkstätten, in und mit denen der rechtsschaffende Genius des Volks die Mittel findet und bereitet, um sein Recht zu erzeugen, zu schützen, zu versinnlichen, zu bekräftigen.

---

1) Albrecht dissert. de probat. par. I. pag. I.

Denn die Parteien haben nicht allein zu beweisen, daß ihnen ein Recht zusteht, sondern sie beweisen in ihrem Privatbeweis zugleich überhaupt das Dasein eines Rechts. Sie sind in ihrem Beweis nicht auf sich, nicht auf ihr reines Privatrecht beschränkt, sondern sie beweisen in und mit ihrem Beweis das Dasein des Rechts sowohl ihrer Gegenpartei und daneben dem Richter gegenüber, als auch gegenüber ihrer Familie, ihren Gemeinde-, Gau-, Mark- und Volksgenoßen. Alle diese verschiednen genoßenschaftlichen Mitglieder werden von den Parteien bei ihrem Rechtsstreit sehr häufig bald in höherem bald in geringerem Grad als Beweismittel angerufen und hinzugezogen.

Durch den Beweis wird in den Personen, welche den Beweis liefern und welche als Beweismittel dienen, das Rechtsbewußtsein, die klare und bestimmte Anschauung von den einzelnen Rechtsinstituten lebendig und wirksam erhalten. Nicht allein die streitenden Parteien, sondern auch die von ihnen zum Beweis vorgebrachten Personen, die Eideshelfer, die Zeugen, sind an der Feststellung der behaupteten Thatsachen, an der Durchführung der erhobenen Ansprüche betheiligt. Mit dem Verlust des Processes um Leib und Leben, Gut und Blut wird bei dem solidarischen Charakter, bei der gemeinschaftlichen umfaßenden Natur der meisten Rechtsverhältnisse, wie des Familienrechts, des Erbrechts, der Gesammt- und Hülfsobligationen, sehr oft nicht allein die geschlagene Partei, sondern zugleich auch ihre Familie, ihre Gemeinde, ihre Mark- und Gaugenoßenschaft an ihrem Recht, an ihrer Ehre angegriffen und verletzt. Die Parteien erscheinen mit ihren Anforderungen nicht allein als Vertreter von ihren subjectiven Ansprüchen, sondern auch als Organe, welche bezwecken, das Recht ihrer Familien aufrecht zu erhalten, die Ehre ihrer

Gemeindegenoßen zu wahren, das Ansehen ihrer Volksgenoßen zu sichern und zu stärken.

In dieser umfaßenden Bedeutung, in dieser so hohen Wichtigkeit des Beweises zeigt sich denn auch und muß sich zeigen, wie die einzelnen Rechtsinstitute, wie Freiheit, Ehre, Grundbesitz- und Mobiliarverhältnisse gegenseitig auf einander einwirken, gegenseilig sich halten und unterstützen, miteinander fallen und verschwinden.

Ferner folgt aus diesem so engen Zusammenhang der Partei und ihrer Anhänger, aus dieser so innigen Betheiligung der zum Beweis angerufenen Personen an den Ansprüchen ihrer Partei, aus dieser so bedeutenden Theilnahme der Proceß führenden Personen an der Erzeugung, Stärkung und Darstellung des Volksrechts, daß die Parteien selbstständig gegeneinander auftreten, und daß das Gericht nicht als eine übergeordnete Behörde alle Mittel aufzubieten hat, um sich von der Wahrheit der vorgebrachten Behauptungen zu überzeugen. Das Gericht ist verpflichtet das als wahr und sicher anzunehmen, was die einzelne Partei mit ihren Anhängern, mit ihrem Eid, mit ihren Eideshelfern, mit ihren Zeugen, mit ihren Ordalien als wahr versichert. Dasselbe hat nicht das Recht, selbstthätig in die Beweisführung einzugreifen, sondern hat solche der Geschicklichkeit und dem Glück der Streitenden zu überlaßen [1]). Je mehr im Lauf der Zeit freilich der Beweis seine öffentliche umfangreiche Bedeutung verliert, desto mehr wird derselbe nach objectiven Regeln geordnet, desto mehr hat der Richter die Aufgabe, den Beweis zu reguliren, desto mehr wirz ihm und nicht dem Gegner der Beweis erbracht.

---

1) Vergl. auch Planck, Recht zur Beweisführung in d. Z. f. D. R. h. v. R. Bd. X. Abth. IX. S. 206—208.

Der Richter vertritt von nun an vorzugsweise in seiner Person die öffentliche Meinung und das öffentliche Urtheil, welches früher bei Streitigkeiten den Beweis zu reguliren und zu bestimmen pflegte.

Wenn nun früher die Macht des Gerichts gegenüber der Bedeutung der Parteien, die nach ihrer individuellen Ansicht sich vertheidigen dürfen, in sehr hohem Grad zurücktritt, so haben die Parteien doch als Volks- und Gerichtsgenoßen niemals verkannt, daß der einzelne Freie sich dem Gericht als der Versammlung der Freien unterzuordnen hat, sie haben niemals das so hohe Gewicht verleugnet, das die vor Gericht und vom Gericht vorgenommenen Handlungen, das Zeugniß und die Aussprüche der Schöffen und Richter besitzen. Die Parteien, welche die Aufgabe haben, den Gerichtsgenoßen vor Gericht und auch dem Gericht selbst ihre Ansprüche zu beweisen, haben daher sehr häufig das Gericht, Richter und Schöffen, angerufen und zu ihren Handlungen hinzugezogen und hinzuziehen müßen, um durch deren Zeugniß bei zukünftigen Streitigkeiten die Wahrheit der vorgebrachten Behauptungen als ganz unzweifelhaft darzustellen. Aus diesen Gründen ist denn zuerst hier über den Beweis durch das Gericht zu handlen.

I. Der Beweis durch das Gericht.

Die höchsten Güter des Freien, die Grundsteine seiner gesammten Privat- und öffentlichen Verhältnisse, Ehre, Freiheit, Grundbesitz, werden durch Hinzuziehung des Gerichts zu sichern gesucht, sie entstehen, bestehen und vergehen in und mit dem Gericht. Während der an seiner Person, an seiner Ehre Verletzte mit dem Gerüfte, dem Stellvertreter des Gerichts, das Verbrechen zu beweisen, den Verbrecher zu überführen sucht, leistet er nach empfangener Genugthuung vor Gericht die Urfehde, das Gelübde

die Verbrecher nicht von neuem wegen des Vergehens zu verfolgen [1]). Wie das Versprechen bei Verlust des angeborenen Rechts eine Handlung zu erfüllen [2]), wie die Ergebung der freien Persönlichkeit in die Leibeigenschaft vor Gericht zu geschehen pflegt, so erfolgt vor Gericht die Vergebung des Grundbesitzes, die Bestellung der Gewere [3]), dort wechselt die Person ihre Persönlichkeit, hier vertauscht der Grundbesitz seinen früheren rechtlichen Inhaber mit einem

---

1) Dist. IV. 46. 9 „sune unde orfede, dy an gerichte geschet, dy irczuget man mit richter unde mit schepphen in wichbilde."

2) Jüt. Low I. 32.

3) Lex Sal. tt. 46. Grimm R. A. S. 116.117. Gengler, Bodenwerder Rbf. v. 1287. §. 23 „homini depauperato vendere sua licet, si non coram judicio uxori et pueris suis dedit." Görlitz. Statuten 1433. §. 7 „was ein man seinem elichen weip oder des weip dem manne ufgibet vor dem gericht doselbs oder gehegter bangk." Wismar. Willküren ann. 1296 „decreverunt consules, quod quicunque vendere vel gratis dare suum jugerum voluerit, coram consulibus resignabit." 1323. §. 3 „nen unsere Borghere, man oder wif, magh eder schal testament maken eder setten, eder geneghe ghave geven na dode, wen allenen vor twe radman to ghesand werden van den borghermestern. Stuttgart. Stadtordnung v. 1492. Art. 19 „der fürohin uß dem Wittwenstante wider In di e komen, und sich mit sinen Kinden an statt Tailung vertragen oder setzen will, dos derselb sölichen Vertrage . . . thun soile vor Vogt und Gericht." Tropau. Erbrechts-Privileg v. 1494. §. 1. „ut quilibet ipsorum res suas bona mobilia et immobilia . . . . propinquis suis assignare dare et testari valeat atque possit . . . sic ut illud faciat in praesentia judicis civitatis et duorum de consulatu pro tempore existentium." Wesel. Stadtrechtsbrief v. 1277. „quicunque desiderat sibi comparare domum vel aream sumat duos vel plures scabinos civitatis in testimonium et det tot solidos leves ratione conquisitionis, quot denarios solvit in censu." Sächsisch. Landr. II. 30. III. 82. 3. Dist. I. 45. 1. 46. 12. Jütisch. Low I. 37 [illegible]

andern. Analog den Verhältnissen des Grundbesitzes und der Persönlichkeit werden selbst die Schuldforderungen und überhaupt die Verträge unter Zuziehung des Gerichts abgeschloßen, damit für sie richterlicher Beweis erbracht werden kann [1]).

Diese verschiedenen Rechtsverhältnisse, Persönlichkeit, Grundbesitz und Vertrag, können zwar an und für sich ohne Gericht vorkommen und bestehen, aber sie erhalten doch erst durch dieses volle rechtsgültige Wirkung. Denn ohne seine Gerichtsgenoßen kann der Freie nicht leicht die Verletzung seiner Persönlichkeit beweisen; ohne das Gericht erhält zwar der Empfänger eines Grundstücks die Detention der Sache, aber er erwirbt an ihr kein unmittelbares dingliches Recht, welches er selbstständig vor Gericht vertreten kann; ohne Gericht besteht zwar gewöhnlich der nur in Gegenwart der Parteien abgeschloßene Vertrag, aber der Schuldner kann mit seinem blosen Eid die Verpflichtung von sich abweisen.

Um nun durch das Gericht oder durch den Rath, denn die von ihm vorgenommenen Handlungen gelten wie ge-

1) Gengler, Altenburg. Stadtprivileg v. 1256. §. 20 „quicunque coram sculteto et majori parte consilii aliquid spoponderit et postmodum inficiari voluerit, per eosdem convinci poterit de promisso, seu etiam debita magna fuerint sive pauca.“ Frankfurt. Rechtsbrief v. 1395. Lechnich. Rechtsbrief v. 1279. §. 34 „si castrenses non fecerint pactum coram scabinis super debitis, non sunt trahendi ad judicium.“ Naumburg. Stadtrechts-Satzung 1337. §. 3 „swas ein man vor deme Rate bekennet, cumet das vor gerichte das he das nicht geloykene in mac.“ Ulm. Stadtr. v. 1296. §. 3 „super quocunque etiam facto vel contractu aliquis judicum testis vel sazman existit, pro verissimo habeatur, et probatio in contrarium vel juramentum non admittatur.“ Kulm. R. III. 119. 124. Rößler, Prager Statutarrecht Art. 119. Jüt. Low II. 61. §. 6. Schott 1. Magdeb. Stadtr. Art. 23. 24. 35.

richtliche [1]), den Beweis zu liefern, ist nöthig daß der Richter mit zwei Schöffen oder mit zwei Dingpflichtigen die behaupteten Thatsachen bekräftigt, ohne daß der Betreffende selbst schwört [2]).

Denn das besondere Privileg der Sachsen, nach welchem über die Veräußerung von Eigen, über den Verlust von Leib und Leben das Zeugniß des Richters und das von sechs Schöffen verlangt wird [3]), hängt mit dem Grundsatz zusammen, daß der Sachse mit seinem Eid das Verbrechen von sich abweisen kann, und daß der Kläger, wenn der Verklagte sich nicht stellt, doch mit sechs Personen seine Anklage beweisen muß [4]).

---

1) Braunschweig. Stadtrecht aus d. 13. Jahrh. §. 65 „swe en erve koyht, de sal komen vor den voget, unde sal sich des laten vredhe werken, unde sal sine vredhe penninge geven, un will de vogel des nemen vredhe werken, noch sine vredhe penninge nemen, so sal, dhet vorkoyt hevet, uplaten, unde gene sal et entfan vor der stat, dat is like stade also is de voget vredhe warchte. Görlitz. Willküren v. 1433. §. 6. Böhme, diplom. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 117. Kulm. R. I. 15. 17. 24. 25. Dist. IV. 43. 2 „waz eyn man gelobet in wichbilde, adder spricht in eyme rate, wan der rad czu stule siczt, do en mag he wedder in dem gerichte noch in dem rate vorsweren."

2) Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurtheil S. 112. Dist. IV. 46. 1 „an gerichte irczuget man mit richter unde mit shepphen. Mit czwen shepphen by deme mynsten irczіget man dy sache, dy an gerichte gehandelt werden." d. 6 „nymant mag deme richter helffen geczugen, wen dy shepphen in wichbilde unde dingpflichten imme lantrechte, dy mit orteyln dorczu gegeben warn." Kulm. R. I. 24. Gengler, Holzminden. Rechtsbrief v. 1245. §. 11. Schott III. Freiberger Stadr. Art. XIII. Sächs. Landr. I. 7. I. 8. 3. II. 41. 1. III. 28. 2. III. 88. 2.

3) Sächs. Landr. I. 8. 1. Siehe auch Richtsteig des Landrechts I. 34.

4) Sächs. Landr. III. 39. 4.

Dagegen haben nach dem Landrecht die Gerichtspersonen selbst ihre Anklage noch besonders zu beschwören, während nach dem Weichbildrecht der von ihnen beim Antritt ihres Amtes geschworene Amtseid für ihre zukünftigen amtlichen Handlungen genügt [1]. Die Beweiskraft der durch das Gericht bezeugten Thatsachen ist nun so groß, daß Niemand, selbst nicht einmal der freie Sachse [2], mit seinem Eid, mit seinen Eideshelfern, mit seinen Privatzeugen ihre Gültigkeit in direkter Weise anfechten kann [3]. Ja selbst gegen den Richter streitet das Gerichtszeugniß. Denn das Zeugniß von zwei Dingpflichtigen genügt, um gegen ihn einen Gegenstand zu beweisen, der nicht mehr als seine Wette beträgt, und übersteigt diese der Werth des Streitobjects, so wird außerdem noch daß Zeugniß eines andern Richters oder des Frohnboten erfordert [4]. Ueberhaupt ist der Richter in Bezug auf sein Zeugniß keineswegs unabhängiger Leiter des Gerichts, sondern er ist vielmehr trotz seiner Weigerung verpflichtet, die von den Schöffen bezeugten gerichtlichen Handlungen seiner Amtsvorgänger [5], sowie alle von den Schöffen und vom Schultheiß oder vom Frohn-

---

1) Sächs. Landr. III. 88. 1. Dist. IV. 46. 2. 3. Kulm. R. I. 17. Böhme. dipl. Beitr. Th. VI. S. 117.

2) Sächs. Landr. I. 18. 2. I. 7. I. 13. 2. Schwäb. Landrecht c. 399.

3) Dist. IV. 43. 1. Gengler, Altenburg. Stadtprivileg 1256. §. 20. Ulm. Stadtr. v. 1296. §. 3. Richthofen, Sielrecht der drei Delfsiele §. 15 „omnia, quae fiunt in presentia duorum judicum negari non possunt." Schwäb. Landr. c. 399.

4) Sächs. Landr. II. 22. 1.

5) Richtsteig des Landrechts I. 35. Sächs. Landr. III. 25. 1. Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 116.

boten vorgenommenen gerichtlichen Acte anzuerkennen [1]). Sind die Schöffen verschiedner Ansicht, so hat das von den meisten und ältesten Schöffen ausgesprochene Zeugniß den Vorzug [2])). Derjenige nun, der ein Verhältniß mit Gerichtspersonen beweist, braucht in der Regel nicht selbst noch die Wahrheit der vom Gericht bezeugten Handlungen zu beschwören [3]). Ausgenommen ist jedoch der Fall, wo Jemand wegen schwerer Verbrechen, wie z. B. wegen Mord, Raub, angeklagt ist. Denn in diesem Fall, wo Leben, Freiheit und Ehre des Freien bedroht ist, hat der Ankläger ebenfalls mit seinem Eid seine Aussage zu bezeugen [4]).

Der Freie hat sich zwar dem Gericht unterzuordnen, aber der subjective freiheitsliebende Geist der Deutschen duldet doch nicht, daß der Einzelne sich geduldig dem Zeugniß des Gerichts allein da unterwerfen muß, wo seine Persönlichkeit an ihren höchsten Gütern angegriffen wird. Aus demselben Grunde hat denn auch das Gericht nicht durch

---

1) Sächs. Landr. II. 22. 2. Schwäb. Landr. c. 165.

2) Gengler, Salzwedel. Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 41 „wat vor dem Rade geendet wert, dat de mer del edder de elderen imme rade witlik sik vordenken, dat schal stede unde vaste bliven." Dist. IV. 43. 2.

3) Sächs. Landr. III. 88. 2

4) Schwäb. Landr. c. 11 „swaz aber vor gerihte geschihet, dâ sol man nit um sweren, niwer bi dem eide sagen, ez engê danne dem manne an den lîp oder an sines libes ein teil." c. 162 „swâ schephen sint, die muoz man ze geziugen hân über alliu diu dinc, diu in der stât geschehent, âne den tôdslac unde âne roup unde âne diupheit." Die Frauen haben auch das besondere Privileg, daß ihnen gegen ihren Eid Niemand das beweisen kann, was sie vor Gericht ohne Zuziehung ihres Vertreters gegen sich selbst Nachtheiliges aussagen. Kulm R. V. 57.

Urkunden, sondern in eigener Person durch mündliche Aussagen zu bezeugen, daß Jemand wegen eines Verbrechens bereits vor diesem Gericht beschuldigt wurde [1]). In den übrigen Fällen hat der Betreffende, soweit solches der einzelne Fall erlaubt, nur die Berechtigung, mit Anerkennung der vom Gericht bezeugten Handlung indirekten Gegenbeweis zu liefern. Er giebt zu, daß er allerdings die behauptete Thatsache unternahm, den betreffenden Vertrag einging, aber nach seiner Versicherung hat er seine Verpflichtungen aus diesen Verhältnissen bereits schon erfüllt, er beweist z. B. durch Zeugen, daß er die vor Gericht abgeschloßene Schuld bezahlte [2]). Und wenn auch der Kläger, der bei Anstellung seiner Klage als Beweismittel das Zeugniß des Gerichts vorzubringen sich erklärt, zuerst zum Beweis zugelaßen wird, so schließt dieser Vorzug doch nicht aus, daß der Verklagte als Sieger die Gerichtsstätte verläßt.

---

§. 20.
Fortsetzung.
Der Beweis durch die Schrift.

Mit und neben dem mündlichen Zeugniß des Gerichts sowie aus deßen Stellvertretung entwickelt sich die schriftliche Aufzeichnung des Rechts. Denn wenn auch die in

---

1) Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. S. 104.

2) Sächs. Landr. II. 6. 2. Kulm. R. III. 63. 64. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 104. 120. Dagegen streitet freilich ein Schöffenurtheil auf S. 111.

Gegenwart des Gerichts vorgenommenen Handlungen wegen des Zeugnisses der Gerichtspersonen größere Sicherheit darbieten als wie die in Gegenwart von Priva personen verhandelten Thatsachen, so ist doch auch die blose Erinnerung des Gerichts häufig zu unsicher und zu unbestimmt, als daß nicht zugleich noch andere Mittel gesucht würden, um die Thatsachen sicher zu stellen, und die einzelnen rechtlichen Handlungen getreu den Nachkommen zu überliefern. Das klare Bewußtsein von den im raschen Lauf der Zeit und in der reichen Fülle der sich aufeinander drängenden Begebenheiten vergänglichen und verschwindenden einzelnen Rechtsverhältnissen führt mit zur schriftlichen Aufzeichnung der Formeln [1]), der Weisthümer [2]), der Stadtrechte [3]), der Reichsbeschlüße [4]).

1) For. Goldast. f. 27 „quoniam igitur more fluminum humana tempora defluunt et praesentium vita modo memoria intercidit, necesse est gesta seu dicta priorum scriptis transmittere notitiae futurorum.“ for. Baluz. f. 37. f. 152. for. Andeg. f. 31—33.

2) Grimm W. I. Andlauer Hof 1284. S. 821 „wante nach der welte unstetikeit die lüte verwandelnt sich und ir getat mit schriften und ingesigeln also bestetiget werden und bevestent, das ir nachkommen sü erkennen und wissen rehte, also sü gescheen sint.“ Giraud I. coutumes de Bigorre. Anhang S. 18. Einleitung.

3) Gengler, Salzwedel. Stadtrecht aus dem 15. Jahrh. „de wandelinge der tiid unde de manichvaltigkeit der handelinge de sterfliken lude dechtnisse krenken, alse des nod is, dat er werde hülpen mit worden der tügen und mit tügen der breve, dat zce stede vasticheid beholden mogen.“ Duttenhofen, Einleitung der Handfeste v. 1260. Cöln declaratio v. 1169. Einleitung.

4) Pertz. II. curia Geilenhusa. 1180. S. 163 „quoniam humana est labilis memoria et turbae rerum non sufficit, prae-

Aber nicht allein die Furcht, daß im Lauf der Zeit die früheren Rechtshandlungen aus dem Gedächtniß der Menschen verschwinden, nicht allein die Absicht, in der Schrift das Muster für zukünftige ähnliche Fälle aufzustellen [1]), sondern auch das Streben, zumal das der Geistlichkeit, die einmal abgeschloßenen Rechtsgeschäfte vor Betrug und Anfechtung zu sichern, befördern im hohen Grad die Anwendung der Schrift [2]). Alle die verschiedenen Gewalten, welche den Sinn des Menschen leiten und beherrschen, werden nun in der schriftlichen Form erwähnt, um diesen Zweck zu erreichen. Der Zorn Gottes und seiner Heiligen, der Bann und die Exkommunikation aus der Kirche, der strafende Arm der königlichen Gewalt und hohe Geldbußen, Ausstoßung aus der Familie und Verlust des Erbrechts bedrohen alle diejenigen, welche das geschriebene Wort anzutasten wagen. Gleichsam Himmel und Erde, die geistliche und die weltliche Macht werden in der Schrift aufgeboten, um den mit dem Wechsel der Zeiten und mit den wechselnden Leidenschaften der Menschen bedrohten Rechtsgeschäften Dauer und Stetigkeit zu verschaffen [3]).

---

decessorum aetatis nostrae divorum imperatorum et regum decrevit auctoritas litteris annotare, quae fluentium temporum antiquitas a notitia hominum consuevit alienare." curia August. 1209.

1) Pertz. II. cur. Aug. 1209. cur. Mog. 1235. c. 15.

2) Lex Alam. tt. 1. c. 1. lex Baj. tt. 1. c. 1. Wittstock. Privileg v. 1248. Einleitung „temporales actus absolvere solet plerumque humani generis dolus vel odium, nisi firmo vallentur testimonio vel adminiculo litterarum."

3) Formul. Gold. f. 28. f. 35. 36. 42—44. 46. 48—52. 56. 61. 62. form. antiqu. in usum reg. Sicul. S. 474. in Canciani leg. Barbar. II. formul. Sürmo. f. 6—9. 14. f. 16—18. f. 23. 25.

Obgleich nun die schriftliche Aufzeichnung höchst selten zum Bestehen eines Rechts erfordert wird [1]), da die Erinnerung an die einzelnen Rechtshandlungen noch zu lebendig ist, als daß die Schrift immer nothwendig wäre, um die Erinnerung und die mündliche Aussage zu vertreten, so werden doch die wichtigsten Rechtsverhältnisse, namentlich die vor und im Gericht verhandelten, aufgezeichnet. Und in je höherem Grad sich die gesetzgebende Gewalt entwickelt, je größer die Bedeutung des jus scriptum wird, desto höher steigt auch das Ansehen der schriftlichen Form. Alle Hauptverhältnisse des gesammten rechtlichen Daseins der Personen, die Freiheit, das edelste Gut des Volksgenoßen [2]), die Ergebung in die Leibeigenschaft, die tiefste Erniedrigung des Freien, der Friede vor dem stürmischen Drang der Blutsverwandten durch Blutrache sich zu rächen [3]), die Erwerbungen des Grundeigenthums [4]), die Vergabungen von Todeswegen und letztwilligen Verfügungen [5]), Schenkungen zwischen

---

45. for. Baluz. f. 7. 27. for. Lindenb. f. 50. 55. 58. 72. 75. 78. Vergl. auch Dronke Codex diplomatic. Fuldens. f. 1—280.

1) Gengler, Duderst. Stadtrecht aus dem 14. Jahrh. §. 4. fordert die Schrift bei Veräußerung von Gütern. Stuttgardt. Stadtordnung v. 1492. verlangt schriftliche gerichtliche Gütertheilung zwischen der Wittwe und ihren Kindern.

2) Form. ant. in us. reg. Ital. f. 2. for. Ande. f. 17. 18. Capit. Lib. III. 28.

3) For. Lind. f. 125. Mar. f. II. 18. Richthofen, Fivelgoer Küren §. 22.

4) Marc. for. I. f. 31. 33. 34. 35. II. 54. 55. Rößler, Prager Statutarrecht Art. 109. Pertz. II. Edict. Olt. 967. Kulm. R. II. 50.

5) Mar. f. II. 14. appendix f. 8. 9. 14. 32. for. Lind. f. 73. Gengler, Stendal. Rechtsbr. v. 1341. §. 9. Görlitz. Statut. v. 1433.

Eltern und Kindern [1]), Verträge und Mandate [2]), werden in der Schrift sicher und festzustellen gesucht.

Da jedes Recht an einem Grundstück von und vor dem Gericht übertragen wird, so führt der folgerichtige Entwickelungsgang der Verhältnisse dahin, daß diese gerichtlichen Handlungen aufgezeichnet werden. Denn wenn Jemand sein dingliches Recht von einem Grundstück beweisen will, so wird er wünschen müßen, solchen Beweis durch das Zeugniß des Gerichts beweisen zu können. Da nun aber bei der Stetigkeit der Deutschen Rechtsverhältnisse viele Grundstücke Jahrzehndte, Jahrhunderte hindurch in den Händen ein und derselben Familie verbleiben, so sind während dieser Zeit diejenigen gerichtlichen Personen, welche bei der Errichtung des Rechts zugegen waren, gestorben, oder wenn sie noch leben, so ist doch in ihrem Gedächtniß die Erinnerung an den betreffenden gerichtlichen Akt längst erloschen. In solchen Fällen bleibt denn nichts anderes übrig, als den Beweis des Rechts und des Besitzes durch solche Personen zu führen, die als benachbarte Grundbesitzer täglich Gelegenheit hatten, mit oder ohne Absicht wahrzunehmen, was für eine Familie das Grundstück besaß. Aus dieser Art der Beweisführung, welche bereits in den ältesten Zeiten vorzukommen pflegte [3]), hat sich unstreitig der Beweis unserer jetzigen unvordenklichen Verjährung entwickelt und aus-

---

§. 6. 7. Verden. Stadtbuch v. 1330. §. 9. Zeulenroda Rechtbrief v. 1438. §. 10. Dist. I 20. 3. 7.

1) Baluz. for. 152. f. Gel. f. 11. 18. 22. f. Mar. II. f. 7. 15 for. Andeg. f. 1. 4. Schwäb. Landr. c. 269—70. c. 33. 339. Heumann, Bairisch. Landr. S. 57. Kaiserr. III· 33.

2) Mar. f. II. 19. f Sürmo. f. 2. 11. 20.

2) Lex Sax. tt. 16. lex Baj. tt. 16. tt. 11. c. 5.

gebildet [1]). Weil nun aber häufig in diesen Fällen Eideshelfer gegen Zeugen, oder Zeugen gegen Zeugen auftreten, wo dann als letztes Mittel, um den Streit zu entscheiden, der Zweikampf angewandt wird [2]), so war nichts natürlicher und geeigneter, als daß man um ein solches gefährliches Beweismittel zu verdrängen, am Gericht Bücher hielt, in die man die gerichtliche Uebertragung der Rechte für ewige Zeiten eintrug, oder wenigstens den Parteien eine vom Gericht beglaubigte Urkunde über den Erwerb ihrer Rechte ausstellte. Schon sehr frühzeitig finden sich daher bei den Gerichten Gerichtsbücher und gesetzliche Bestimmung über die Art und Weise der Aufzeichnung. Denn wenn auch die in den Formelsammlungen erwähnten codices publici sich auf die Gerichtsbücher der Römischen Magistrate beziehen [3]) so hatten doch bereits die missi, welche eine schriftliche Instruktion erhielten [4]), ihre Urtheile schriftlich aufzuzeichnen [5]), so wie denn auch schon zu Zeiten der Fränkischen Könige wegen der von den Grundstücken zu leistenden Abgaben und

---

1) Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 125 „Hat ein man trawfen . . . . von und aus sime hove flissen und durch sines nakebawris hof, wil denne sin nakebawir im die weren . . mag denne der man bewisen mit scheppen adir salbsebinde uuvorsprochener lute erbsessin und altsessin das die trewffin von *aldars* sint gewest.“

2) Lex Sax. tt. 16. lex Baj. tt. 16. tt. 11. c. 5. Pertz. I. capt. Tici 801. c. 10. capit. quae leg. Sal. add. 817. c. 10. Canciani I. leg. Long. lex Lot. c. 67. Capt. IV. 22. const. reg. Sic. tt. 32. Vergl. §. 26.

3) For. Mar. II. 37. app. 51. 55. f. Linden. f. 73. for. Ma. 1. for. Sirm. f. 3.

4) Pertz. I. cap. de miss ableg. 828. c. 2.

5) Capit. IV. c. 56.

Dienste Grundbücher gehalten wurden. Namentlich haben aber auch die kaiserlichen Gerichte die schriftliche Aufzeichnung begünstigt. Denn bei ihnen pflegte ein Notar die wichtigern gerichtlichen Handlungen, vor allen die Achtserklärungen, die Namen der Geächteten, den Grund und Anfang der Acht, die Namen der Bürger und Ankläger, die Zeit der Freisprechung niederzuschreiben [1]). Diese Sitte, einen Notar und ein Gerichtsbuch zu halten, wurde nun auch sehr bald in den Städten üblich [2]). Da der Einzelne gezwungen wird, sich auf die Rechtlichkeit der Notare zu verlaßen, so sind natürlich nur ehrenwerthe Männer zu diesem Amt zuläßig [3]), und ihre Geschäftsführung ist unter strenge Aufsicht ihres Gerichts zu stellen. Die Notare dürfen daher, um nicht eine von den Parteien zu benachtheiligen, nicht eher die Urkunden ausfertigen, als bis beide Parteien ihre Verpflichtungen erfüllt haben, namentlich der Schuldner gezahlt hat [4]). Die Urkunden selbst müßen sie in Gegenwart der Gerichtspersonen ausfertigen, welche sie sowohl zu unterschreiben, und zwar genügt die Unterschrift von einem Richter und zwei Schöffen [5]), als auch in den minder wichtigen Fällen die Kosten festzustellen haben [6]).

---

1) Pertz II. cur. Mog. 1235. c. 15. cur. Nurb. 1294. c. 37. Gengler, Rotenburg. Frhtbr. v. Rudolf v. Habsburg 1274. §. 4. Dist. IV. 13. 14.

2) Lappenberg, Hamburgische Rechtsalterthümer I. S. XXII. Gengler, Görlitz. Willküren 1433. §. 6. Stendal. Rechtsbrief v. 1341. §. 9. Rößler, Prager Statutarrecht Art. 109. Distinkt. IV. 47. 8.

3) Capt. I. c. 105. VI. c. 253.

4) Pertz. I. Hlotharii imp. con. Olonnens 823. c. 12.

5) Dist. IV. 46. 9. Pertz. I. con. Olonn. 823. c. 12. 17.

6) Pertz. I cons. Pap. 823 §. 13. In wichtigen Sachen dür-

Haben die Gerichtspersonen nun einmal die Urkunden unterschrieben, was sie nicht verweigern dürfen[1]), so sind sie gehalten sich deßen zu erinnern[2]), und können sie nicht in eigener Person erscheinen, so haben sie das Recht und die Pflicht, anstatt ihres mündlichen Zeugnisses ein schriftliches auszustellen[3]). Nur dann ist jedoch diese Stellvertretung unstatthaft, wenn Jemand eines Verbrechens angeklagt ist, hier erfordert die Rücksicht auf die hohe Bedeutung der Streitsache, daß die Gerichtsperson persönlich erscheint und mündlich ihr Zeugniß ablegt[4]).

Auch auf das Gebiet des Beweises äußert nun der Dualismus zwischen Königsthum und Volksthum, der die älteren Zeiten der Deutschen Rechtsentwickelung charakterisirt, seine nachhaltige Einwirkung. Denn während sich in dem mündlichen und schriftlichen Zeugniß der Gerichtsschöffen die Macht des Volksthums, das Ansehen der Gemeinde und der Gerichtsgenoßen darstellt, äußert sich daneben und im Gegensatze zu ihm in dem Siegelrecht der Fürsten und Großen die Stärke des Königthums, die Wichtigkeit der monarchischen Gewalt, die Bedeutung einer einzelnen Persönlichkeit. Schon von den Fränkischen Herrschern an[5]) ging dieses Siegelrecht auf die Deutschen Fürsten über, und in der Rangordnung der einzelnen zum Siegelrecht befugten

---

fen die Kosten eine halbe Mark Silber nicht übersteigen. Uebrigens sind Sachen der Wittwen und Waisen kostenfrei.

1) Pertz. I. Ludo. con. 856. c. 5.

2) Kulm. R. II. 16.

3) Dist. IV. 46. 8.

4) Kulm. R. III. 99.

5) For. Als. f. 4—9. Pertz. I. ca. Car. m. 783. c. 17. sicut *consuetudo* fuit sigillum et epistola prendere.

Persönlichkeiten zeigt sich, in welchem Verhältniß die geistliche und weltliche Macht, ihre Träger und Vertreter zu einander standen. Denn zuerst kommen im Rang die Siegel der Päbste, dann die der Könige, an diese reihen sich an die der geistlichen und weltlichen Fürsten, und den Schluß machen die der Prälaten und Capitel. Von den Siegeln dieser sämmtlichen Personen gilt nun als Regel, daß sie nicht nur den Schriften in eigenen Angelegenheiten sondern auch den Urkunden in fremden Rechtsverhältnissen die Wirkung einer öffentlichen Rechtskraft verleihen, während die Siegel von andern freien Herrn, von städtischen Behörden und sonstigen öffentlichen Korporationen nur den ihre eigenen Angelegenheiten betreffenden Urkunden öffentliche Rechtskraft gewähren [1]).

Außerdem haben noch die Könige und die Fürsten die Befugniß durch einen offenen Brief einen ihrer eingeborenen Dienstmannen zu bevollmächtigen, sie als Vertreter einer Gewere vor Gericht zu repräsentiren [2]), welche Personen

---

1) Schwäb. Landr. c. 140 „des pâbest insigel heizet bulla .. swer diu mit rehte git, unde mit rehte enphâhet, so sint si guot unde reht. der künige insigel hânt ouch grôze kraft. Der phafen fürsten insigel unde der leien fürsten insigel diu sint reht. der prêlâten insigel unde der capitel insigel unde aller capitel insigel sint reht. unde werden disiu insigel über ander sache gegeben danne über ir selber sache so hânt sie als groze kraft als über ir selber sache. anderre herren insigel hânt niht kraft wan über ir selber geschefte unde über ir liute geschefte. die stete sullen ouch insigel han unde doch mit ir herren willen. wan anders habent si niht kraft wan umbe der stete geschefte.“ Kaiserr. II. 27. Kulm. R. V. 64. Böhme, diplom. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 136.

7) Schwäb. Landr. c. 176. Richtsteig des Landrechts I. 21. Sächs. Landr. II. 42. 3.

in gewißer Weise die Stelle der ersten Deutschrechtlichen Vertreter der jetzigen den Römischen fiscus vertretenden Staatsanwälte in Civilsachen einnehmen. Dieses Siegelrecht steht den Großen zu als Inhabern der Gerichtsbarkeit. Von dem Pabst, dem Inhaber der geistlichen, und von dem Kaiser, dem Inhaber der weltlichen Gerichtsbarkeit, ist dasselbe auf die Fürsten und Großen übertragen, und von diesen wieder ihren Großen und Städten verliehen worden.

Während Königsthum und Fürstenthum, Schöffenthum und Gerichtsthum ihr Ansehen durch die Schriftlichkeit zu sichern suchen, sind aber auch die einzelnen Privaten nicht unthätig stehen geblieben, sondern sie haben ebenfalls den einzelnen Privaturkunden durch Hinzuziehung von Privatzeugen Sicherheit zu verschaffen gestrebt. Bald dienen viele bald wenige Zeugen, bald sieben oder sechs, bald vier, bald drei, bald zwei, je nach der Wichtigkeit des Gegenstandes [1]) als Beweismittel, doch empfiehlt man zur größeren Sicherheit überhaupt recht viele Zeugen bei den einzelnen Urkunden hinzuzuziehen [2]).

Die Privaturkunden, die ebenso, wie die gerichtlichen,

---

1) Bei Urkunden über Urfehde, Freilaßung, Ergebung in die Leibeigenschaft, bei Uebergabe des Grundbesitzes werden gewöhnlich sechs oder sieben, bei Bezahlung von Geldschulden gewöhnlich zwei Zeugen hinzugezogen. Vergl. §. 23. u. 24. lex Burg. addida I. 9. Kulm. R. V. 61. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 159. Kaiserr. II. 27 „der keiser sulle glouben allen den insigeln da vier erzame personen czu horn.“ Diese dem Kanonischen Recht entsprechende Bestimmung des Kaiserrechts c. 10. x. de fi. inst. 2, 22. scheint übrigens nicht praktisch geworden zu sein.

2) Kulm. R. V. 64 „wer hantvesten machet, der sal tzu dem mynsten syben man doran setzen, dy getzug syn und ist ir *me* das it noch *bessir*.

genau die Angabe der Zeit, des Jahrs, des Tages enthalten müßen, haben die Parteien sowohl zu unterschreiben, als auch zur größeren Festigkeit zu untersiegeln [1]).

In dieser Weise suchen also der König als ursprünglicher Inhaber der Gerichtsbarkeit, die Schöffen als Urtheiler und Sprecher des Rechts, die einzelnen Privaten, als Rechtsbetheiligte, durch die Schrift ihr Recht zu schützen und gleichsam zu verewigen.

---

§. 23.

Fortsetzung.

Der Beweis durch den Eid, die Eideshelfer und die Zeugen.

Während nun die Schriftlichkeit, vor allem aber die Gerichtlichkeit, bezweckt, die Willkür der Individuen zu beschränken, nach ihrer subjectiven Anschauung, nach ihrer parteiischen Behauptung die rechtlichen Thatsachen auszulegen und zu verändern, ist dagegen für den Einzelnen die Gelegenheit gegeben, durch seinen Eid, durch seine Eideshelfer, durch seine Ordalien, seine individuelle Ueberzeugung zu äußern und gegen die entgegengesetzten Behauptungen zur Geltung zu bringen. Auch in den Beweisarten zeigt sich der ursprüngliche Charakter des Deutschen Rechts. Auf der einen Seite Unterordnung der einzelnen freien Persönlichkeit unter seinen König, seine Familie, seine Gemeinde, Gau- und

1) Kulm. R. V. 64. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 159. lex Alam. tt. 43. cap. VI. c. 148. 149. 316. 416. Pertz II. conc. imp. 1175.

Gerichtsgenoßen, auf der andern dagegen die Anerkennung der subjectiven singulären Anschauungsweise des Einzelnen im Kampf mit entgegenstehenden Ansichten. Auch auf diesem Gebiet besteht die großartige Aufgabe, diese Gegensätze zu vereinigen, eine Aufgabe, mit deren Lösung sowohl hier als wie in staatsrechtlichen Verhältnissen das Deutsche Volk von Uranfang an viele Jahrhunderte hindurch bis auf die neueste Zeit bald mit geringem, bald mit großem Erfolg beschäftigt war, beschäftigt ist und beschäftigt bleiben wird.

Im Ganzen ist nun bei der Zulaßung des Eids, der Eideshelfer und der Ordalien das Streben überwiegend, die subjective Anschauung den objectiven Beweisregeln unterzuordnen. Doch ehe dieses bestimmter erörtert wird, sind zuerst die allgemeinen Grundsätze über die Eideshelfer und über die Zeugen zu erläutern. Denn Eideshelfer und Zeugen stehen in so enger Beziehung zu einander, daß ihre Darstellung nicht leicht von einander getrennt werden kann.

Da der Eid als ein Ausfluß der an Ehre und Freiheit ungeschmälerten Persönlichkeit erscheint, so kann auch die Stelle eines Eideshelfers, eines Vertreters der öffentlichen Meinung nur ein solcher versehen, der in den Augen seiner Stammesgenoßen frei von jeglichem Makel an seiner Ehre und an seiner Freiheit ist. Dagegen braucht der Eideshelfer kein Grundeigenthum zu besitzen, weil die echte reine Abstammung von Volksgenoßen genügt, um die gleichsam im Blut und im Volksgeist liegende Ansicht aussprechen zu können [1]). Aus der Verpflichtung des Eides-

---

1) Capt. V. 303. Das Jütische Recht jedoch verlangt Grundbesitz I. §. 3—7, siehe auch Michelsen Schleswig. Holst. Urkundenb. B. I. N. 115. Herzog Albrecht v. Sachs. Freibrf. f. f. Mannen 1288.

helfers nöthigenfalls mit dem Schwert seine Ansicht zu vertheidigen, folgt denn auch, daß Frauen für gewöhnlich von der Eideshülfe ausgeschloßen sind, und ausnahmsweise nur dann als Eideshelfer zugelaßen werden, wenn Streitigkeiten vorliegen, die, wie die Behauptung einer Frau, nicht verlobt zu sein, oder keinen Giftmord an ihrem Ehemann begangen zu haben, ihrer Natur nach am besten von Frauen beurtheilt werden können [1]). Während der Ort der Eidesleistung vom Willen des Gerichtsherrn abhängt [2]), ist das den Parteien früher zustehende Wahlrecht bezüglich der Eideshelfer bald beibehalten [3]), bald beschränkt worden [4]). Denn der Richter hat in allen Sachen der Kirche und des Staats nicht aus den von den Parteien vorgeschlagenen Personen,

---

1) Marc. fo. appendix f. 34. Richthofen, Rudolfsbuch §. 63.

2) Bei Proceßen um Grundbesitz und Freiheit ist er jedoch zu leisten, wo er geleistet zu werden pflegte. Pertz. I. cap. quae leg. ad. 817. c. 14. cap. Ticin. 801. c. 10.

3) Z. B. nach dem Jütischen Recht wählt derjenige, der behauptet, daß ein Kind gelebt hat, zwölf Eideshelfer, von denen der Verklagte drei aus Gründen verwerfen kann. Jüt. Low I. 1. §. 4—7. In München wählt bei nächtlichen Verwundungen der Verklagte einundzwanzig, aus denen er sich drei auswählt. Gengler, Rechtsbrief v. Rudolf 1294. §. 30. Nach dem Sächsischen Landrecht darf derjenige, der mit sieben Eideshelfern beweisen soll, einundzwanzig zur Eideshülfe nöthigenfalls angehen. Sächs. Landr. II. 22. 4.

4) In Passau ernannte bei Verwundungen und Tödtungen der Richter zwanzig Personen, aus denen der Verklagte sieben als Eideshelfer wählte. Gengler l. c. Passau Rechtsbrief v. 1225. §. 20. 32. Eger. Rechtsbrief v. Rudolf I. §. 6. 1279. Nach dem Wiener Recht wählt der Richter zehn von denen, deren Gewerbe gleich dem des Angeklagten ist, und noch zehn andre ehrenwerthe Bürger. Aus diesen allen zusammen wählt der Angeklagte. Gengler, Wien. Rechtsbrief v. 1221. §. 20. 24.

sondern aus den von ihm selbst auserlesenen besten und geeignetsten Personen Eideshelfer zu wählen [1]), welches Wahlrecht in seiner weiteren Ausdehnung dahin führen mußte, daß der Richter und nicht die Parteien den Proceß reguliren [2]).

Ueberhaupt suchte man die Eideshelfer den Zeugen ähnlich zu machen, und die dem Institut der Eideshülfe eigenthümliche Innerlichkeit und Gesammtvertretung zu beschränken. Denn nicht mehr hatte ein Eideshelfer an der Spitze der übrigen für sie alle, sondern ein jeder einzeln für sich nach Analogie der Zeugen den Eid zu leisten [3]). Ueberhaupt verliert das Institut der Eideshelfer in desto höherem Grad seine Bedeutung, je mehr der Grundsatz des persönlichen Rechts an Einfluß verliert, und das Territorialprincip an Einfluß zunimmt.

Bei den Zeugen nun wird nicht allein ein fleckenloser Ruf [4]), physische und geistige Reife [5]), sondern auch Standes- und Geburtsgleichheit [6]), ja sogar Grundbesitz verlangt [7]), sobald die höchsten Güter des Freien, Leben, Ehre,

---

1) Pertz. I. cap. Ludo. II. 873.

2) Pertz. II. Heinr. treug. D. 1238. §. 30.

3) Pertz. I. cap. gen. 825. c. 8. Sächs. Landr. III. 88.

4) Capt. V. c. 355. VII. c. 99. 107. 110—112. 119. 177. lex Wis. II. 4. 1. 2. Pertz. II. cur. Mog. 1235. c. 11. Sächs. Landr. 1. 6. 2. II. 36. 4. III. 28. 1. III. 19. Kaiserr. I. 19. Dist. IV. 46. 11. 12. Gengler, Eisenach. Rechtsb. v. 1283. §. 35. Westerw. Landr. c. 17. §. 1. Heumann, Bair. Landr. Art. 25. S. 135—40.

5) Kaiserr. I. 19. Schwäb. Landr. c. 14.

6) Schwäb. Landr. 54. Kaiserr. IV. 1. IV. 3. Kulm. R. V. 56. Verbrechen gegen den Kaiser können nur geistliche und weltliche Fürsten bezeugen. Schwäb. Landr. c. 110.

7) Cap. IV. 22. V. 301. lex Bajuv. I. 163. Pertz. I. cap.

Freiheit und Grundeigenthum bedroht sind. Einige erfordern sogar bei Streitigkeiten um Fahrniß, daß der Zeuge soweit Vermögen besitzt, als der Werth des Streitobjektes beträgt [1]), während sonst in minder wichtigen Dingen der Zeuge mit Ausnahme von Eigenleuten und wandernden Kaufleuten, um Zeuge zu sein, nur sein Recht nicht verloren zu haben braucht [2]).

Bei solchen Personen, die wie Freigelaßene, Verwandte, Frauen, in ihrer Zeugenfähigkeit beschränkt sind, hört diese Beschränkung auf, sobald Verhältnisse in Frage stehen, die sie ihrer Natur nach am besten wißen können. Die Freigelaßenen dürfen die Freilaßung [3]), die Verwandten verwandtschaftliche Verhältnisse [4]), die Frauen Geburtsverhältnisse und fleischliche Vergehen [5]), die Geistlichen aber

---

gener. 825. c. 7. cap. Wor. 829. c. 6. Sächs. Landr. III. 19 III. 70. Sächs. Weichb. Art. 104. 105. Dist. IV. 46. 4. Schott I. Magdeb. Stadtr. XXXVI. LXXIX. 36. 79. 111. Freiberg. Stadtr. Art. 9. 12. Kaiserr. II. 119. Richthof. die acht Domen §. 8. Verfahren der Sendgerichte §. 5. Küren der Fivelgoer und Oldeampt §. 11. Homeyer über das Heimathsrecht S. 46. N. 73.

1) Emsiger, Pfenningsschuldbuch c. 27. Rößler, Altprager Statut. Art. 50. 66. 67.

2) Schwäb. Landr. c. 54. Dist. IV. 46. 11. 12.

3) Capit. Lib. VI. cap. 159. 382.

4) Sächs. Landr. III. 32. §. 3—5. Capit. VI. c. 348. Pertz. I. capit. quae legib. ad. 817. c. 10. „*testes* vero de qualibet causa non aliunde quaerantur, nisi de ipso comitatu in quo res, unde causa agitur, positae sunt, quia non est credibile, ut vel de *statu* hominis . . . per alios melius rei veritas cognosci valeat, quam per illos qui *viciniores* sunt.“ Gengler, Hamm. Rechtsbrief v. 1213. §. 9.

5) Schwäb. Landr. c. 345. Kulm. R. V. 47. Gengler, Dünkelsbühl. Statute aus dem 14. Jahrh. §. 2. Sächs. Landr. I. 23.

weltliche Verhältnisse nur in Nothfällen bezeugen [1]). Ausgenommen ist jedoch der Fall, wo sie vor ihrem Eintritt in den geistlichen Stand Zeugen einer Handlung waren [2]). Nach den Stadtrechten sind ferner die Ausländer in Bezug auf ihre Zeugnißfähigkeit inländischen Bürgern gegenüber verschiedenartig beschränkt, je nachdem in einem höheren oder geringeren Grad die Abgeschloßenheit der Städte gegeneinander, der Stolz auf ihre eigenen Corporationsrechte, das Streben, den nur als Vollberechtigten gelten zu laßen, der innerhalb des Weichbildes wohnt, den Grundsatz der persönlichen Rechte dem Territorialprincip unterordnet [3]). Nach einigen Stadtrechten ist nur ein inländischer Bürger zum Zeugniß gegen seinen Mitbürger fähig [4]), nach andern werden Ausländer in Verbindung mit inländischen Bürgern [5]) oder nur ausländische Gerichtspersonen als Zeugen zugelaßen [6]).

Ebenso verschieden ist die Art und Weise, wie die einzelnen Rechte bei Streitigkeiten zwischen Juden und Christen über deren gegenseitige Zeugenberechtigung entscheiden.

Die Frau kann überhaupt gegen einen Mann nur aus Verbrechen, nicht aus Geldschulden, und zwar nach geschehener That klagen. Böhme, dipl. Beitr. Thl. VI. Schöffenurth. S. 115.

1) Capt. VII. 91.

2) Dist. IV. 46. 15.

3) Vergl. auch §. 18.

4) Gengler, Freiburg. Stadtr. v. 1250. §. 16. Holzminden. Rechtsbrief v. 1245. §. 8. Schwerin. Stadtr. aus d. 12. Jahrh. §. 20. Salzwedel. Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 17. Sankt-Pölten Privileg. v. 1259. §. 2.

5) Gengler, Sankt-Veit. Rechtsbrief v. 1308. §. 4.

6) Gengler, Bodenwerder Rechtsbrief v. 1287. §. 10 „alienus non testabitur super civem nisi consulibus cum duobus.“

Die meisten Rechte fordern, daß der Christ gegen den Juden das Zeugniß von zwei Juden und von einem Christen, der Jude gegen den Christen das von zwei Christen und einem Juden vorbringt [1]), der Schwabenspiegel dagegen verlangt, daß der Jude die Christen als Zeugen gegen einen Christen, drei Christen gegen den Juden wenigstens das Zeugniß von einem Juden anwenden [2]).

Jeder Zeuge ist nun verpflichtet, auf Verlangen der betreffenden Partei sein Zeugniß abzugeben, ja selbst der Verklagte ist auf Verlangen seines Gegners zu dieser Pflicht verbunden, selbst wenn sein Zeugniß gegen ihn in eigener Sache lautet [3]). Weigert er sich, diese Verbindlichkeit zu erfüllen, so kann er ebensogut wie jeder andere Unbetheiligte, der sein Zeugniß verweigert, auf Verlangen der Partei vom Richter geholt werden, und muß jeden durch seine Weigerung entstandnen Schaden ersetzen [4]). Erbietet sich dagegen Jemand freiwillig oder gar aus Geldgier zum Zeugen, so ist solches unzuläßig [5]). Haben nun die Parteien ihre Zeugen gewählt, welches Wahlrecht freilich öfters

1) Dist. III. 17. 10. IV. 46. 12. Eisenach. Rechtsbrief v. 1283 §. 34.

2) Schwäb. Landr. c. 214. Nach einem Schöffenurtheil in Böhmes diplomatischen Beiträgen Th. VI. S. 114. kann ein Jude, der einen Christen wegen eines handhaften Verbrechens mit den üblichen sechs (jüdischen) Gezeugen verklagt, den Christen überführen. Sonst kann mit jüdischen Zeugen gegen keinen Christen eine Geldschuld bewiesen werden.

3) Sächs. Landr. II. 22. 5.

4) Pertz. I. Hlot. constt. Olonn. 823. cap. tt. c. 6. Dist. IV. 47. 12. Gengler, Wien. Rechtsbrief v. 1221. §. 58.

5) Sächs. Landr. III. 37. 2. Dist. IV. 47. 13. Kulm. R. V. 62. Richthofen, Verfahren b. Sendgerichte §. 5.

beschränkt ist [1]), so werden die vorgebrachten Zeugen in Gegenwart der Parteien und des Richters von der Gegenpartei entweder verworfen oder angenommen [2]) und vor ihren Aussagen feierlichst beeidigt [3]). Diese Beeidigung pflegte in den älteren Zeiten nach ihrer Aussage zu erfolgen [4]), und scheint später ebenfalls vom Richtsteig des Landrechts angenommen worden zu sein [5]). Ebenso pflegen nach dem Sachsenspiegel die Gezeugen in Civilfällen vor dem Eid ihrer Partei zu schwören [6]). Nach dem Freiberger Stadtrecht schwört bei zwei Zeugen zuerst der eine, dann die Partei selbst, und dann der andere Zeuge, der als wahr beschwört die beschworene Aussage seiner Vor-

---

1) Nach den Capitularien wählten bei Streitigkeiten um Ehre, Freiheit und Grundeigenthum die missi die ehrenwerthesten und sachverständigsten Männer in der ganzen Provinz zu Zeugen. Capt. III. 32. 78. Pertz. I. cap. Aquisg. c. 3. 813. cap. mis. 817. In Wien werden jedes Jahr hundert von den angesehensten Bürgern gewählt, von denen immer zwei oder drei bei wichtigen Rechtsgeschäften hinzugezogen werden müßen. Gengler, Rechtsbrief v. 1221. §. 55. 56. Nach dem Bairischen Landrecht ernennt bei wichtigern Processen der Verklagte einundzwanzig, von denen er sechs zu Zeugen wählt. Bairisch. Landr. S. 102.

2) Capit. L. III. c. 10. 52. Dist. IV. 47. 15.

3) Capit. VII. 283. Kulm. R. V. 48. Dist. IV. 47. 16.

4) Capt. III. c. 10. c. 52. V. c. 252. Pertz. const. Papiens. 832. c. 11. 17.

5) I. 29. 8 „Her richter ick bidde eens ordels off sie yet seggen sullen, dat sy tugen willen ende wair van It oen wit-lick sü dat sullen sy jn desen saken *voir seggen* ende *nae sweren.*"

6) Sächs. Landr. III. 88. 5

gänger[1]) Im Nothfall wird übrigens ein jeder Zeuge für sich allein vernommen[2]).

Die schwierigste Frage aber für die gesammte Beweislehre, namentlich für den Beweis mit Eid, Eideshelfern und Zeugen, ist nun die, wer ist zuerst berechtigt, Beweis zu führen, und in welchem Verhältniß stehen diese verschiedenen Beweismittel zueinander.

Nach dem altgermanischen Recht soll, wie viele behaupten, der Angeklagte berechtigt sein, zuerst den Beweis zu führen[3]). Planck dagegen behauptet, daß der Angegriffene zuerst befugt sei, den Beweis zu liefern; unter den Angegriffenen versteht er denjenigen, der im Begriff ist zu verlieren, während der Gegner gewinnt[4]). Aber beide Ansichten scheinen diese Lehre mehr vom äußern als wie vom inneren Standpunkt aufzufaßen, und man hat hier wohl von folgender Anschauung auszugehen.

Bei allen Völkern erscheint jedes Recht, jeder rechtliche Zustand und jede Handlung zunächst als ein Ausfluß der Persönlichkeit. Denn ohne solche läßt sich ursprünglich kein Recht denken.

Höchst verschieden ist nun aber bei den einzelnen Völkern das Maß des Einflußes und die Stärke der Einwirkungen, welche der Person auf die angeblich von ihr ausgegangenen Handlungen oder von ihr ausgegangenen recht-

---

1) Schott III. Art 12.

2) Cap. III. c. 10. V. 252. Kulm. R. V. 48. Dist. IV. 47. 16.

3) Eichhorn D. R. G. §. 77. Rogge, Gerichtswesen der Germanen S. 212—15. Gerber, das wissenschaftliche Princip des Germanischer Rechts S. 248. 249.

4) Planck in d. Z. f. D. R. herausgeg. v. R. u. W. B. 10. Abh. IX. S. 332.

lichen Zustände eingeräumt werden. Nach Römischer Anschauung erscheinen die Handlungen, die Zustände als selbstständige für sich bestehende Verhältnisse, deren Beurtheilung und Beweis nicht mehr von der reinen Willkür ihrer angeblichen Urheber abhängt. Denn solche Verhältnisse werden als äußere sichtbar gewordene Erscheinungen nach bestimmten objectiven Regeln, denen sich die Person vollständig unterzuordnen hat, beurtheilt und bewiesen. Das Germanische Recht hat dagegen ursprünglich einen weit andern Charakter. Denn bei ihm erscheint jede Handlung, ein jedes Recht oder jede rechtliche Verpflichtung noch innig verwachsen mit der Persönlichkeit des angeblichen Urhebers, so daß zunächst ihm die Entscheidung über das streitige Verhältniß gebürt. Mit dieser Eigenthümlichkeit steht nun in enger Verbindung das Vorrecht, zuerst den Beweis zu liefern, beziehungsweise das Dasein einer Handlung, eines Rechtsverhältnisses zu leugnen. Denn je unmittelbarer, je stärker, je umfangreicher in Bezug auf eine bestimmte Handlung, auf ein bestimmtes Recht eine Person eingewirkt hat oder eingewirkt haben soll, in desto höherem Maß steigt auch ihre Berechtigung, zuerst und vor allen ihr Dasein zu beweisen, oder ihr Nichtdasein zu leugnen und leugnen zu laßen. Der Grundsatz „de omni causa, quae pertinet ad coram (ein bestimmtes Gericht), poterit se homo melius et rationabilius *defendere* quam aliquis *super* eum ire“ 1), ist nur eine Folge dieser Regel. Zu ihr bilden dagegen den Gegensatz die Fälle, wo das streitige Verhältniß sich auf einen gerichtlichen oder gleichsam gerichtlichen Akt stützt. Denn dann hat derjenige das Vorrecht, zuerst beweisen zu dürfen, der sich auf die Oeffentlichkeit und Ge-

1) Giraud. essai I. coutumes du pays de Furnes §. 136.

richtlichkeit beruft. Ist er der Kläger, so ist dann seine Klage eine rechte, während da, wo solches fehlt, nur eine schlichte besteht, gegen die der Verklagte zuerst zum Beweis berechtigt ist [1]). Welche Beweismittel anzuwenden sind, richtet sich daher nach den Umständen und nach der eigenthümlichen Beschaffenheit des Streitobjekts. Der Eid und die Eideshelfer werden da am meisten zur Anwendung gebracht, wo noch am stärksten das Individuum für sich selbstständig seine Handlungen beurtheilen darf, wie z. B. in Criminalfällen, dagegen seltner, wo sichtbare dauernde Verhältnisse, wie Grundverhältnisse, den Streitpunkt ausmachen. Nichts ist nun anziehender als zu beobachten, wie der altgermanische Freiheitssinn Schritt für Schritt das Gebiet seiner subjectiven Berechtigung vertheidigt, und nur allmälig der objectiven Auffaßung der Verhältnisse weicht. Das Recht strebt die festzustellenden Thatsachen den subjectiven Aussagen der Parteien zu entziehen und giebt objective Regeln für ihre Beurtheilung. — Nach den Hauptgattungen hat man nun zu unterscheiden:

I. Die strafrechtlichen Fälle,

II. Die civilrechtlichen Fälle.

---

1) Vergl. §. 19.

§. 24.

Das Beweisrecht.

I. Die strafrechtlichen Fälle.

1) Die Fälle, wo bei Rechtswidrigkeiten hauptsächlich Gemütszustände, wie Wißen, Absicht, Fähigkeit, bestritten sind.

In diesen Fällen wird das Dasein der an und für sich widerrechtlichen Handlungen nicht geleugnet, aber die inneren Beweggründe werden anders erklärt, als der Gegner behauptet. Hier ist derjenige, deßen innere strafbare Gemütszustände in Frage stehen, zuerst berechtigt, deren Dasein zu leugnen, denn Niemand kann doch beßer über Gemütszustände urtheilen, als wie derjenige, der sie gehabt haben soll. Meistens ist dieses der Verklagte, doch kann es auch geschehen, daß der Kläger dieses zu beweisen hat, z. B. wenn Jemand klagt gegen einen an und für sich redlichen Verkäufer, daß er ihm eine gestolene Sache verkaufte, und Verklagter behauptet, der Kläger habe dieses gewußt. Durch diesen Beweis wird der an und für sich zugestandnen Handlung der wahre strafwürdige Beweggrund entzogen. Der Betreffende hat nun das Dasein seines straflosen Gemüthszustandes mit seinem blosen Eid zu beweisen. Die Zeugen sind natürlich bei solchen mehr innerlichen Zuständen nicht leicht möglich. Aber auch selbst Eideshelfer, die sonst in das Gewißen ihrer Partei schwören, sind hier nicht noch besonders erfoderlich. Man geht von dem Grundsatz aus, daß über ein solches inneres Verhältniß der Eid des Inhabers allein schon genügend ist, um deßen Dasein oder Nichtdasein zu beweisen.

Wegen dieser innerlichen Natur ist denn auch in solchen Fällen von einem Gegenbeweis häufig nicht die Rede, auch

solcher nicht leicht möglich, es müßte denn die Aussage des Betreffenden gegen die Oeffentlichkeit verstoßen. Z. B. es behauptet Jemand, der ausdrücklich vor Gericht war, als auf sein Ansuchen ein Dritter in die Oberacht kam, er habe die Friedlosigkeitserklärung nicht gewußt, als er den Friedlosen in sein Haus aufnahm, oder es versichert Jemand, er sei vor das Gericht nicht geladen worden, während doch der Gerichtsbote mit zwei Zeugen die gesetzmäßige Vorladung beweist [1]).

Von den Fällen nun, wo Jemand mit seinem blosen Eid sein Nichtwißen beschwören und sich von Strafe befreien kann, sind folgende bemerkenswerth. Man nimmt einen Dieb oder einen Verfesteten bei sich auf [2]), man verkauft eine fehlerhafte Sache [3]), man erhält von einem verschuldeten Mann eine Sache, der sie der Pfändung entziehen wollte [4]). In Bezug auf die Absichtslosigkeit genügt der Eid, wenn z. B. Jemand rückwärts gekehrt einen Andern verwundet [5]), wenn der Richter einen Dritten an seinem Recht hindert [6]), wenn ein Freier sein Schwert zieht [7]), wenn in meinem Haus ein Diebstal erfolgt und ich als Hausinhaber verklagt werde [8]).

---

1) Richtsteig des Lehnrechts c. 13.

2) Capit. III. ca. 23. Pertz. I. capi Aqua. 806. c. 2. Sächs. Landr. III. 23. Gengler, Regensburg. Freiheitsbrief v. Friedrich II. 1130. §. 2. Wien. Rechtsbrief v. 1221. §. 35.

3) Dist. IV. 42. 4.

4) Pertz. I. capit. gener. 825. c. 5.

5) Richthofen, Westerländ. Bußtaxe §. 69.

6) Kulm. R. II. 53.

7) Dist. IV. 31. 1.

8) Sächs. Landr. II. 72. Gengler, Wien. Rechtsbrief v. 1221. §. 49.

Ferner reicht der Eid aus, wo Jemand etwas nicht gehört oder erfahren haben will, wie z. B. das Gerüfte [1]), die Ladung vor das Gericht [2]), der Vasall die Aufforderung zum Lehndienst, die Ankunft des Lehnsherrn [3]). Aus demselben Grund genügt denn auch der Eid in den Fällen der echten Noth [4]), oder wenn ein Wirth behauptet, daß er einen Todtschläger, der in deßen Haus einen Todtschlag beging, nicht aufhalten konnte [5]).

2) Diejenigen Straffälle, wo nicht allein die widerrechtliche Gesinnung sondern auch die Handlung selbst bestritten wird.

Nach dem allgemeinen Grundsatz, daß ein jeder Handlungen, die er selbst gethan haben soll, zunächst wißen und beurtheilen kann, wird auch hier ihrem angeblichen Urheber zuerst das Recht eingeräumt werden müßen, die Entscheidung über die Frage zu geben, ob sie geschehen sind oder nicht [6]).

---

1) Dist. VI. 20.

2) Pertz. II. cons. p. in A. 1276—77.

3) Richtsteig des Lehnr. c. 12. 13.

4) Dist. III. 12. 1. 2. 4. 5. Richtsteig des Landrechts I. 52. Giraud l. c. statuta municip. Arelat. Art. 1 „quilibet, qui per nuntium . . . vocatus fuerit, nisi justum impedimentum quare non venerit se habuisse jurare voluerit, *suo enim quantum ad hoc cujuslibet credi volumus juramento.*" Goslar. Statut. herausgeg. v. Göschen S. 26, 37—40. Heumann, Bair. Landr. S. 106. Thomas, der Oberhof zu Frankfurt S. 451. Richtes Stig herausg. v. Unger. c. 27. Dagegen ist Hamb. Stadtr. v. 1270. I. 8.

5) Sächs. Landr. III. 91. 1.

6) Vergl. Richthofen, allgem. Gesch. des Westerländ. Frieslands. Schulzenrecht §. 3 „dit is riucht, dat di frya Fresa *syn selvis deda aegh to wytan* op dae helgum myt *mara riucht*, dan *him*

Während nun in den Volksrechten der Grundsatz galt, daß mit der steigenden Wichtigkeit des angeschuldigten Verbrechens auch die Anzahl der Eideshelfer auf Seiten des Angeschuldigten steigt, ist dieser Grundsatz in vielen Rechtsbüchern nicht anerkannt, sondern nach ihnen genügt der Eid des Angeschuldigten allein, um die Anklage abzuweisen [4]).

Der Angeklagte bedarf also nicht noch zur Bekräftigung seiner Behauptung die Erklärungen von seinen Verwandten, Freunden, Genoßen, Mitbürgern. Diese Bestimmung scheint in einem noch weit höheren Grad, als in früheren Zeiten die Zuziehung der Eideshülfe, den subjectiven Charakter des Deutschen Rechts zu begünstigen. Aber diese Nichtberücksichtigung aller der so zahlreichen Glieder, die Zeugen, Theilnehmer und Genoßen des Lebenslaufes des Einzelnen sind, kann für längere Zeit nicht ausreichen, sondern muß nothwendigerweise eine Art von Reaktion herbeiführen. Ein solches Uebergewicht der persönlichen Ansicht eines Einzelnen gegenüber der Wichtigkeit der behaupteten Thatsachen führt zu dem Streben, ver-

---

ymmen aegh toe wr tyoghane." Böhme, diplomat. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 111 „wes ein man nicht obirwunden wirt und butet dovor sin unschult wenne her dorumb angesprochin wirt her mag dervor gerichten mit sines eigens hant mit czwen fingern uff den heiligen is were denne daz man in mit *geczuge* angesprochin hette, so mag her auch entgen mit sime rechten mit *geczuge*."

1) Sächs. Landr. II. 17. 2. II. 19. 2. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 123. Kaiserr. I. 41. IV. 1. Richthofen, Schulzenrecht des Werständ. Friesl. §. 3. Die allgemeinen Küren K. 11. Gengler, Eisenach. Rechtsbrief v. 1283. §. 36. Frankf. Stadtr. v. 1297. §. 1. Hörde, Rechtsbrief v. 1340. §. 8. Münden. Rechtsbrief v. 1246. §. 8. Naumburg. Stadtr. v. 1387. §. 10.

schiedene Mittel anzuwenden, um die individuelle Willkür des Einzelnen zu beschränken. Man wird alle Verhältnisse erforschen, die im Stande sind, gegen die Behauptung eines Einzelnen als wahren Ausdruck einer unbescholtenen Persönlichkeit irgend welchen Verdacht zu begründen. Die Mittel die man hier anwendet, sind nun folgende.

a) Das Recht des Verklagten, mit seinem Eid allein die Anklage von sich abzuweisen, beschränkt sich auf kleinere, geringere Vergehen, wie z. B. auf Schimpfreden [1]), auf Schläge [2]), auf geringere Vergehen überhaupt [3]), auf eine Verwundung, wenn Jemand, der in einer Versammlung nur eine einzige Wunde empfangen hat, gegen mehrere klagt [4]).

b) Bei wichtigern Vergehen hat sich in vielen Statuten aus den Volksrechten der Grundsatz erhalten, daß mit der Wichtigkeit der Anschuldigung auch die Anzahl der Eideshelfer von Seiten des Angeschuldigten zunimmt, z. B. zur Vertheidigung gegen die Beschuldigung einer Tödtung werden sieben [5]), gegen die Beschuldigung einer Verwundung zwei oder auch vier [6]) verlangt.

---

1) Pertz. II. convent. Brix. 1158. c. 19.

2) Gengler, Gräfenthal. Rechtsbrief c. 1412. §. 5.

3) Lechnich, Rbf. v. 1279. §. 9 „si quis opidanus trahatur ad judicium de minutis querelis, se expurgare poterit sola manu.“ Westerwolder Landrecht c. 13. §. 14.

4) Gengler, Braunschweig. Stadtr. aus d. 15. Jahrh. §. 17. Vergl. auch Sächs. Landr. III. 46. 2. Dist. IV 5. 5.

5) Gengler, Eger Rechtsbrief v. Rudolf I. 1279. §. 5. Leobschütz, Handfeste v. 1270. § 24. Sächs. Weichbild Art. 71. 84. Michelsen, Schleswig-Holsteinische Urkunden B. I. N. 115. Albert v. Sachsen Freibrief für seine Mannen 1288. Nach dem Recht von Gräfenthal. Rechtsbrief v. 1412. §. 5. werden 12 Eideshelfer erfordert.

6) Gengler, Wien. Rechtsbrief v. 1221. §. 24. Leobschütz l. c. §. 26. Schott III. Magdeb. Stadtrecht Art. 59.

c) Viele Statuten gehen aber noch weiter, und gestatten dem Verklagten erst dann sich mit Eideshelfern zu vertheidigen, wenn der Ankläger keine Zeugen zum Beweis seiner Anschuldigung vorgebracht hat. Vielfache Bestimmungen bezwecken das Institut der Eideshelfer zu verdrängen und ihnen nur höchstens die Stelle nach den Zeugen einzuräumen. Dem Verklagten wird das Recht entzogen, seine Behauptungen zuerst zu beweisen, und seine Vertheidigungsmittel nach seiner subjectiven Ansicht wählen zu dürfen. Denn schon frühzeitig finden sich Bestimmungen, welche dieses Streben andeuten, so soll z. B. nach einer Verordnung von Ludwig der eines Todtschlags Angeklagte nur dann Eideshelfer zu seiner Vertheidigung vorbringen können, wenn der Ankläger nicht drei Zeugen gegen ihn vorgebracht hat [1]). Sowohl die geistliche als die weltliche Macht strebten die häufige Anwendung des Eides und der Eideshelfer zu verhindern, die geistliche aus Angst vor dem Meineid und vor dem Seelenheil der Schwörenden, die weltliche aus Besorgniß, daß die Verbrechen unbestraft bleiben und überhand nehmen [2]). Verschiedene Stadtrechte haben den Grundsatz, „daß der Kläger zuerst mit seinen Zeugen zum Beweis gelaßen wird", und der Verklagte erst dann, wenn solche Zeugen fehlen, sogar als allgemeine Regel [3]).

---

1) Pertz. I. Ludovi. imper. cap. excerp. 856. c. 23. convent. Ticinens. c. 4.

2) Vergl. Pertz. Ludo. II. capit. div. 875. c. 2.

3) Gengler, Soester Willküren 1120. §. 18 „si quis ferro acuto quempiam vulneraverit, duobus testibus rationabilius convinci potest quam reus poterit se expurgare." §. 19 „si quis est de homicidio pulsatus, septima manu tactis reliquiis convinci potest . . si quis vero de homicidio vel de acuti ferri lesione convinci nequiverit, tactis reliquiis duodecima manu se

Hat dagegen der Angeklagte auch Zeugen, so gehen sie denen des Klägers vor [1]). Bezüglich der Anzahl der Zeugen hat anfangs bei ihnen der Einfluß der Eideshelfer dahin eingewirkt, daß auch ihre Anzahl sich richten muß nach der Wichtigkeit des einzelnen Falls. Eine bestimmte, feste, ein für allemal gleiche Zahl der Zeugen zur Feststellung der Wahrheit war nicht festgesetzt, sondern die individuelle Natur des einzelnen Falls bedingte den quantitativen Umfang der Beweismittel. Bei schweren Verbrechen werden z. B. sechs verlangt [2]), während man in anderen Fällen wegen der geringeren Wichtigkeit, oder wegen einer besonderen Begünstigung, nur zwei Zeugen forderte [3]).

Mit dieser Richtung, bei den Criminalprocessen solche Personen über das Sachverhältniß zu vernehmen, die nicht allein wegen des Vertrauens auf die an und für sich ehrenwerthe Persönlichkeit ihrer Partei ihre Behauptungen aufstellen, sondern nach ihrer Kenntniß der streitigen Thatsachen ihr Urtheil abgeben, steht in enger Verbindung die Eigenthümlichkeit, daß weder im Sachsenspiegel, noch

---

expurgabit." Vergl. auch Leobschütz, Handfeste v. **1270**. **§. 10.** Bodenwerder Rechtsbrief v. **1287**. **§. 3.**

1) Böhme, dipl. Beitr. Th. **VI.** S. **111.**

2) Jütisch. Low **II. 34.** Leobschütz, Handfeste v. **1270**. **§. 10.** Schwäb. Landr. v. Laßb. **c. 100. 99.** Böhme, dipl. Beitr. Th. **VI.** Schäffenürth. S. **123.**

3) Z. B. bei Verwundungen, wenn die Zeugen keine Verwandten des Verwundeten sind, **Pertz. II. conv. Brix. 1158. c. 2,** oder ein Vater den Sohn eines schweren Verbrechens beschuldigt, **Pertz. II. cur. Wurzb. 1287. c. 2,** oder Jemand um Friedensbruch angeklagt wird, **Pertz. II. cur. Franco. 1234.** Schott **III.** Freiberger Stadtr. Art. **8.** Schwäb. Landr. v. Laßb. **c. 100.**

Schwabenspiegel, noch auch im Kaiserrecht Personen unter dem Namen Eideshelfer erwähnt werden. Denn überall wo nach dem älteren Recht das Wort Eideshelfer zu erwarten ist, findet sich der Ausdruck Gezeugen.

Homeyer hält die Gezeugen, welche im Sachsenspiegel auf Seiten des Anklägers bei Criminalfällen erwähnt werden, für nichts anderes als echte Eideshelfer [1]), Leman dagegen, der Herausgeber des Kulmischen Rechts, will unter dem Ausdruck Gezeugen immer Zeugen verstanden wißen [2]). Von diesen verschiednen Ansichten scheint die eine zu wenig, die andere zu viel von den Eigenschaften der Zeugen den Gezeugen beizulegen.

Denn die im Sachsenspiegel bei Criminalfällen erwähnten Gezeugen unterscheiden sich ihrem Wesen nach von den gewöhnlichen Eideshelfern. Denn während letztere rein nach ihrer innern subjectiven Ueberzeugung schwören, wird in dem Sachsenspiegel bei den Gezeugen die Art und Weise berücksichtigt, wie sie ihre Ueberzeugung erlangt haben. Zwar wird dieses nicht ausdrücklich im Sachsenspiegel gesagt, aber die Fälle, wo die Gezeugen erwähnt werden, bestätigen diese Annahme. Denn in diesen Fällen werden hauptsächlich solche Verbrechen angegeben, wo eine handhafte That geschehen, eine Gerüfte erhoben, eine Gefangennahme erfolgt ist [3]). Die Gezeugen haben hier unmittelbar aus eigener Kenntnißnahme Manches von dem Verbrechen, wenn auch nicht alles, gesehen und gehört, die Umstände, unter denen die That geschah, und die nach

---

1) Homeyer, Sächs. Landr. S. 402.

2) Kulm. R. v. Leman S. 271—72.

3) Sächs. Landr. I. 64. I. 66. 1 I. 70. 4. I. 69. III. 71. 51. III. 39. 4. III. 88. 3. 4.

ihrer Ausführung eintreten, sind ihrer eigenen Wahrnehmung nicht ganz entgangen. Sie schwören also nicht rein nach ihrer innern subjectiven Meinung, sondern zugleich auch mit Rücksicht auf ihre Kenntnißnahme von dem objectiven Thatbestand und von den mit dem Verbrechen eingetretenen Verhältnissen. Sie nähren sich also in dieser Weise den Zeugen, sie bilden eine Mittelstufe zwischen wirklichen Eideshelfern und echten Zeugen [1]).

Nach dem Kulmischen Recht dagegen werden allerdings in den meisten Fällen die Gezeugen als solche Personen bezeichnet, die bei dem angeblichen Verbrechen zugegen, von ihm gehört und dasselbe gesehen haben [2]). Sie behaupten also in dieser Beziehung die Stelle von Zeugen. In manchen Fällen aber scheinen doch die Gezeugen sich mehr den Eideshelfern zu nähern, z. B. wenn Jemand verklagt wird, zum Todtschlag angerathen zu haben, und sich mit Gezeugen gegen diese Anklage vertheidigt. Denn ein solcher Rath wird doch meistens nicht in Gegenwart von dritten Personen erfolgen. Die hier zur Vertheidigung herbeigezogenen Gezeugen beschwören daher wohl nicht aus eigener Kenntnißnahme, sondern im Vertrauen auf den ehrenwerthen Charakter ihrer Partei deren Unschuld [3]).

Uebrigens gilt auch in den Statuten, wo Gezeugen erwähnt werden, der Grundsatz des älteren Deutschen Rechts,

---

1) Die interessante Frage, inwiefern die jetzigen Geschworenen mit den Eideshelfern und Gezeugen in Verbindung stehen, ist hier nicht der Ort zu erörtern.

2) Kulm. R. III. 39. III. 9.

3) Vergl. über die Natur der Gezeugen auch Planck l. c. §. 3. S. 209–217.

daß der Verklagte zunächst zum Beweis berechtigt ist, und mit seinen Gezeugen denen des Klägers vorgeht [1]).

Der Grundsatz nun, daß die Aussage von Zeugen oder Gezeugen, welche etwas vom Verbrechen sahen oder hörten, dem Angeklagten das Recht entzieht, bei Verbrechen sich mit seinem Eid und mit seinen Eideshelfern zu vertheidigen, ist nur eine weitere folgerichtige Entwickelung der bei Erhebung des Gerüftes und beim Erfaßen auf handhafter That geltenden Grundsätze.

Denn die Regel des älteren Rechts, „daß der Angeschuldigte zunächst berechtigt ist, mit seinem Eid oder mit einer nach der Bedeutung des Verbrechens sich richtenden Anzahl von Eideshelfern sich zu vertheidigen, und die Anklage von sich abzuwehren", ist bereits frühzeitig dann beschränkt, wenn der angeblich Verletzte bei der Ausübung des Vergehens oder sofort nach deßen Ausführung seine Volksgenoßen und das Gericht zu Zeugen und Rächer der begangenen That öffentlich durch sein Hülfsgeschrei auffordert. Denn als allgemeiner Grundsatz des älteren Deutschen Rechts gilt die Bestimmung, daß die einzelne Persönlichkeit bald in höherem bald in geringerem Grad ihre individuelle Ansicht und Behauptung dem Zeugniß und dem Ausspruch des Gerichtsgenoßen unterzuordnen hat. Dieser Grundsatz ist eine folgerichtige Anwendung der Regel, nach welcher die Beurtheilung einer Handlung oder eines rechtlichen Verhältnisses, sobald solche aus dem engen Kreis der Subjectivität heraustreten und öffentlicher Natur werden, nicht mehr der Willkür der angeblichen Urheber überlaßen bleibt.

In Bezug auf Verbrechen werden nun schon in den

---

1) Kulm. R. III. 26. III. 29. 30. 32. 35. Gengler, München. Rechtsbrief v. 1294. §. 29.

Formeln neben den Eideshelfern aloarii, cognilores und visores bei dem Beweis eines Vergehens erwähnt [1]) Die Bedeutung dieser Personen ist wohl folgende. Die cognitores und visores sind solche Personen, die entweder bereits zugegen waren, als die angebliche That erfolgte, oder auf entstandnem Lärm hinzukamen und die Lage der Sache erkannten. Sie geben nun dem zum Ort der That eilenden Richter Aufschluß über die ganze Sachlage, und beschwören später vor Gericht ihre Aussagen [2]). Die cognilores und visores scheinen in der Mitte zwischen Eideshelfern, Schreileuten und Zeugen zu stehen. Blose Eideshelfer sind sie nicht, weil sie selbst gegenwärtig waren,

---

1) Mar. for. app. f. 29. 33. for. Sir. f. 30. 31.

2) For. Sir. f. 30 „si quis ad rapinam faciendam adgreditur . . . . mors animae ipsius ne requiratur. Igitur ego judex veniens in loco nuncupante illo, sub die illo, una cum bonis hominibus, ad locum accessionis, ubi aliquis homo nomine illo quondam interfectus jacebat, requirens, pro qua re ibidem interfectus esset, sed venientes homines ibidem commanentes, qui in initio litis ibidem fuerunt, vel qui ad ipsos uccos cucurrerunt, quando jam dictus homo ibidem interfectus fuit, taliter testimonium praebuerunt, ut dum aliquis homo nomine illo solemniter sibi ambulabat, sic jam dictus ille quondam ipsum adsallivit vel insidiavit et res suas ei contradixit atque violenter super ipsum evaginato gladio venit . . . . Sed postea vero taliter in jam dicto loco ipsius illi (qui hominem interfecerat) judicatum fuerit, ut in noctes quadraginta sex manu sua trigesima septima . . . conjurare debeat apud homines *visores* et *cognitores.*“ f. 31 „unde . . . . . retroactis quadraginta diebus . . . . juratus dixit,“ . . . . . ipsum per sua culpa interfeci. „Et testes sibi *similes visores* et *cognitores* . . . post ipsum juraverunt, ut quidquid jam dictus ille de hac causa juravit, verum et idoneum sacramentum exinde dedit.“

als der Streit entstand, oder doch wenigstens hinzukamen, als er noch dauerte. Auch werden ja ausdrücklich noch neben ihnen die Eideshelfer erwähnt. Die Stellung von blosen Zeugen einer Partei behaupten sie aber auch nicht, weil sie zunächst nicht von einer Partei zur Vertheidigung vorgebracht werden. Sie sind ferner aber auch keine Schreileute, d. h. solche Personen, die auf Aufforderung des Angegriffenen herbeieilen, um ihm gegen den Verbrecher zu helfen und diesen zu verfolgen, denn sie waren bei der Ausführung des Vergehens gegenwärtig, oder kamen hinzu, ohne daß sie der Angegriffene zur Hülfe und Verfolgung besonders aufforderte. Sie erscheinen vielmehr als unparteiische Zuschauer und Zuhörer, die dem Richter mittheilen, was sie vom ganzen Sachverhalte sahen oder hörten. Ihre Aussagen haben zunächst nicht den Zweck, den Parteien zu dienen, sondern dem Richter die Wahrheit der Thatsachen zu bezeugen, namentlich ihm die schwierige Frage zu erklären, wer bei den Vergehen sich im Zustand der Nothwer befunden hat. Sie nähern sich in dieser Beziehnung der heutigen Beweistheorie im Criminalproceß, wo ja auch zunächst nicht den Parteien, sondern dem Richter die Wahrheit der angeblichen Thatsachen bewiesen werden soll.

Die Bedeutung der aloarii ist nicht ganz genau zu bestimmen, denn von ihnen wird nur gesagt, daß sie bei dem Todtschlag aus Nothwer nebst den Eideshelfern für die Nothwer des Todtschlägers schwören [1]). Aus dieser ihrer Stellung neben den Eideshelfern und aus ihrer Zuziehung bei der Vertheidigung aus Nothwer, in welchem Fall ja hauptsächlich auch die cognilores und visores vorkommen, darf

---

1) For. Mar. app. f. 29. vergl. auch for. 33.

man schließen, daß sie eine den letzteren gleiche Stellung eingenommen haben.

Das häufigste und schon in früher Zeit angewendete Mittel, um die alleinstehende subjective Behauptung des angeblichen Thäters auszuschließen, ist aber der Beginn einer rechten Klage, die Erhebung des Gerüfts von Seiten des Verletzten oder Beeinträchtigten. Er fordert nemlich durch lautes Rufen seine Nachbarn auf, ihm Beistand zu leisten und den Verbrecher zu verfolgen. Man hat hier nun folgendermaßen zu unterscheiden [1].

a) Der Verletzte ist nicht im Stande, den Verbrecher mit Hülfe der Schreileute zu ergreifen. Klagt er nun sofort mit den Schreileuten, gewöhnlich mit sieben oder sechs [2], ehe eine Nacht nach dem Verbrechen vorübergegangen ist, und erscheint der Verklagte nicht, so fällt derselbe in die Verfestung [3]. Der Verklagte muß sofort die Klage anstellen, damit der Richter mit eigenen Augen sich davon überzeugen kann, daß die Verletzung eine solche ist, welche die Verfestung nach sich zieht, z. B. eine kampfbare Wunde enthält [4]. Stellt sich dagegen der Angeschuldigte freiwillig trotz seiner begonnenen Flucht noch an demselben Tag, so entsteht die wichtige Frage, ob er mit seinem blosen Eid oder auch mit blosen Eideshelfern die Klage von sich abwehren kann.

Diejenigen Rechte, welche, wie der Sachsenspiegel, dem Verfesteten die Befugniß einräumen, sich durch seinen blosen Eid aus der Verfestung zu ziehen, müßen auch in diesem Fall

1) Vergl. auch Planck l. c. §. 5.

2) Richtsteig des Landrechts I 29.

3) Siehe jedoch §. 15.

4) Böhme, Schöffenurtheil Th. VI. S. 94—95.

dem durch das Gerüft verfolgten Angeschuldigten die Macht zugestehen, mit seinem Eid oder mit seinen Eideshelfern sich gegen die Anklage zu vertheidigen. Denn in beiden Fällen erfolgt ja die Anklage unter Zuziehung der Schreileute. Andere Statute dagegen, die dem Verfesteten nicht dieses Recht zugestehen, verlangen folgerichtig, daß bei erhobenem Gerüfte der Angeschuldigte sich mit Gezeugen, gewöhnlich mit sieben, vertheidigt [1]).

b) Der Verbrecher wird auf handhafter That unter Zuziehung der Schreileute gefangen, vor das Gericht gebracht und sofort verklagt. Hier hat der Angeschuldigte nicht das Recht, mit Eideshelfern oder Gezeugen sich zu vertheidigen, sondern der Kläger ist berechtigt, ihn mit seinen Gezeugen der That zu überführen [2]). Die Anzahl seiner Gezeugen oder Zeugen richtet sich nach der Wichtigkeit des Vergehens, bei Verbrechen, die eine Strafe an Leib oder Leben nach sich ziehen, werden gewöhnlich sieben, bei geringeren Vergehen gewöhnlich zwei erfordert [3]). Derselbe

1) Kulm. R. III. 32. Gengler, Minden. Rbf. v. 1246. §. 8. „quilibet civis de omni crimine objecto, quod contra honorem suum est et vitam, sola manu se poterit expurgare, dummodo factum nec manule fuerit, nec etiam manifestum.“

2) Richtsteig des Landrechts I. 49 „so frage des clegers vurspreche na dem dat he de hanthaften dait bewisen mag abe he in des icht naer si over zo gaende abe he versaen moge. So vint men he si is naer ame over zo gaende sint, dat he it unter eme bewisen mach“

3) Schwäbisch. Landr. c. 82. Kulm. R. II. 30. III. 32. 34. Sächs. Landr. I. 66. 1. Richtsteig des Landrechts I. 49. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 113. 122—23. Dist. III. 6. 8. Gengler, Hörde Rbf. v. 1340. §. 8. Leobschütz, Handfeste v. 1270. §. 43—45. Ulm. Stadtrecht v. 1296. §. 36. 37. Siehe auch die Lehre vom Anfang §. 19. 20.

Grundsatz gilt auch dann, wenn Jemand ohne Gerüfte auf handhafter That ergriffen wird.

Wie der Kläger, der ohne Erfolg mit Gerüfte den Friedbrecher verfolgt hat, befugt ist, denselben zum Zweikampf zu fordern [1]), so hat auch der auf handfester That ertappte Verbrecher als äußerstes und letztes Mittel seine Unschuld zu beweisen, den Zweikampf [2]). Da die Theilnehmer des Gerüftes gleichsam als öffentliche Zeugen des angeblichen Verbrechens vor Gericht auftreten, so führt die fortschreitende Entwickelung der Beweislehre allmälig zu dem Satz, daß in Criminalfällen überhaupt durch Zeugen der Unschuldseid des Angeklagten und der seiner Eideshelfer ausgeschloßen wird. Die Beweislehre erhält im Laufe der Zeit einen immer mehr zunehmenden objectiven Charakter, welcher die subjectiven Erklärungen und Angaben der Parteien immer mehr verdrängt. Während früher der Angeklagte selbst dann, wenn die Aussagen dritter Personen ihn sehr verdächtigten, für seine Unschuld sprechen, nöthigenfalls für sie kämpfen konnte, so werden später alle Mittel aufgeboten, um von ihm ein Geständniß seiner Schuld zu erhalten [3]). Das beste und stärkste Beweismittel, welches dem Angeschuldigten selbst die Gelegenheit zum Zweikampf entzog, war aber frühzeitig schon dann vorhanden, wenn das Verbrechen, z. B. der Bruch der beschworenen

---

1) Sächs. Landr. I. 63. Kulm. R. II. 66—68.

2) Siehe §. 26.

3) Da die weitere Darstellung dieser Umbildung einer spätern Zeit angehört, so ist sie hier wegzulaßen. Ueber den Uebergang des ältern Beweisverfahrens in das neuere vergl. noch Planck l. c. §. 21. Siehe auch Bluntschli, Staats- und Rechtsgeschichte v. Zürich Th. I. S. 405—406.

Urfehde von dem Gericht selbst bewiesen wird, das zugegen war, als vor versammeltem Gericht die Verletzung stattfand [1]).

3) Zu den strafrechtlichen Verhältnissen gehören in gewißer Weise auch diejenigen Fälle, wo unmittelbar persönliche Verhältnisse, wie z. B. Freiheit, Leibeigenschaft, den Gegenstand des Streits ausmachen. Denn die Klagen wegen solcher Zustände bedrohen, wie die Anklagen aus Verbrechen, die Person des Betreffenden an seinen edelsten Gütern, wie Geburt, Ehre, Freiheit. Da sich nun diese Klage auf unmittelbare Ausflüße der Persönlichkeit des Angeschuldigten beziehen, so ist er zunächst zum Beweis berechtigt, und der Eid allein reicht bald aus zu seiner Vertheidigung [2]), bald sind noch Gezeugen erforder-

---

1) Richtsteig des Landrechts I. 50 34 „spreke hie (der Angeschuldigte) dan dat hie die swone niet gebraken en hedde. So vrage uns rechten, off hie sych der yet ontschuldigen moege. Soe vünt men hie moege. Sü en sü gebraken voir de hegedinge. Weer dan dat voir gerichte geschiet. So vrage woe du des volkomen mogest. So vünt men, myt den richter ende sesse manen."

2) Sächs. Landr. III. 32 „svelk inkomen man sik vri seget, den sal men vor vri halden, man ne moge ine mit getüge verleggen. sve sik vri seget unde en ander seget, dat he sin egen si, so dat he sik ime gegeven hebbe, des mut jene wol unscüldich werden, it ne si vor gerichte geschin. spriet he aver dat he sin ingeboren egen si, he mut ine behalden uppe'n hilgen mit tven sinen egenen mannen." Nach dieser Stelle können allerdings zwei Standesgenoßen gegen den dritten deßen angeborene Leibeigenschaft bezeugen. Der Bürger von Lübeck kann überall mit seinem blosen Eid seinen freien Stand bewahren. Michelsen, Schleswig-Holst. Urkund. B. I. N. 2. Freiheitsbrief v. Friederich I. 1188. Freiheitsbrief v. König Waldemar II. 1202. N. 10. Nach dem Recht der Stadt Ham kann jeder Leibeigene, der in die Stadt flieht, mit

lich [1]). Nach dem Schwabenspiegel ist der Angeschuldigte nicht im Stand, mit seinem blosen Eid sich gegen die Zeugen des Klägers zu vertheidigen [2]).

---

§. 25.

II. Die civilrechtlichen Fälle.

Während die meisten Vergehen ihrem Zweck und ihrer Natur nach ohne Zuziehung von Zeugen geschehen, erfolgen dagegen die civilrechtlichen Handlungen oder Verhältnisse meistens unter Anwendung von Zeugen. Da die meisten Civilklagen konkrete sichtbare Gegenstände, wie z. B. Grundbesitz, betreffen, die mit der Person gleichsam verwachsen sind, und als fortdauernde Zustände an der Persönlichkeit haften, so sind

---

seinem Eid selbst gegen die Aussagen seiner Verwandten seinen freien Stand vertheidigen. Gengler, Rbf. v. 1213. §. 9.

1) Sächs. Landr. I. 25. 3. I. 33.

2) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 293. Nach dem früheren Recht war der Freie befugt, mit zwölf Eideshelfern, von denen acht seine Verwandten waren, seine volle Freiheit zu vertheidigen, wenn gegen ihn behauptet wurde, er wäre nur ein Colone. Mar. for. app. f. 2. 5. Pertz. II. cap. 560. c. 5. I. cap. quae p. s. scr. 817. c. 10. Ludov. capit. 875. c. 7. Nach einer Extravagante zur lex Salica hatte derjenige, der als Sklave angesprochen wurde, seine Freiheit mit 12 Zeugen, mit sieben Verwandten von väterlicher und vier von mütterlicher seine Freiheit zu vertheidigen. lex Sal. v. Merkel. S. 99 u. memorie della R. academio delle scienze di Torino 1846, aus dem cod. 33. des Domkapitels von Jvrea.

hier in den meisten Fällen Eid und Eideshelfer durch Zeugen vertreten. Denn diese werden entweder ausdrücklich bei Begründung der Rechtsverhältnisse hinzugezogen, oder sie haben ohne besondere Aufforderung durch eigene Anschauung und Kenntnißnahme vielfach Gelegenheit, sich von der Entstehung und dem Zustand des streitigen Rechtspunkts zu überzeugen.

Da die Lehre vom Beweis noch nicht so fester, objectiver Natur geworden ist, daß ein und dieselbe Regel für den Beweis gleichmäßig in allen Fällen gegolten hätte, so richtet sich häufig der Umfang und die Stärke der vorgebrachten Beweismittel nach der besondern Natur des einzelnen Rechtsverhältnisses, und namentlich wechselt die Anzahl der Zeugen.

Zwar hatten schon die Capitularien bestimmt, daß ein Zeuge zum Beweis nicht ausreicht [1]), aber diese Bestimmung ist Römischen Ursprungs [2]).

Die Rechtsbücher schwanken in den meisten Fällen, wie z. B. in Schuldsachen, in Geschäften, die bewegliches Vermögen betreffen, zwischen zwei und drei Zeugen. Einige von ihnen sagen, man solle wo möglich drei Zeugen vorbringen, wenn aber blos zwei Zeugen vorhanden wären, so reiche auch diese Anzahl hin [3]). Die Forderung von

---

1) Capit. V. c. 314.

2) Vergl. Codex Theodos. IX. 39.

3) Kaiserr. I. 20 „ein iglich man der bezugen sal, ... der sal wissen, daz er mit drien mannen mag bezugen ein iglich sache, die an den lip nit enget . . . . hat aber der, der bezugen sal, drien manne nit, so mag er selber der dritte sin, ab er anders ein gezugbar man ist.“ Richtsteig des Landrechts I. 15. I. 27. Westerwolder Landr. c. 17. §. 1.

drei Zeugen ist unstreitig eine Nachwirkung des älteren Rechts, wo die Partei selbst als Zeuge bei den Eideshelfern auftritt. Ueberhaupt sind sehr bald zwei Zeugen von den meisten Rechtsbüchern als hinlänglich zum Beweis angenommen, wenn gleich bei sehr wichtigen Rechtsverhältnissen auch sechs oder sieben verlangt wurden [1]), ja selbst bei Streitigkeiten um Grundstücke, wo früher nach den Volksrechten mehr als zwei Zeugen vorkamen, gelten zwei als hinlänglich [2]). Sollen die Zeugen unmittelbar das Gericht vertreten und mit ihm gleiche Beweiskraft besitzen, so scheinen jedoch ursprünglich sechs oder sieben nöthig gewesen zu sein [3]). Schon der Sachsenspiegel, der doch sonst dem Zeugenbeweis nicht gleiche Stärke mit dem gerichtlichen Beweis einräumt [4]), läßt solches doch zu in einzelnen Fällen [5]). Ueber die Frage nun, wer zuerst den Beweis zu führen berechtigt ist, und welche Beweismittel in den einzelnen Rechtsfällen vorgehen, entscheiden nun, je nach den streitigen Hauptpunkten, folgende Regeln.

---

1) Kulm. R. III. 64. 69. Jüt. Low II. 94. 1. 2. Gengler, Naumburger Stadtrecht v. 1370. §. 10. Emsiger Pfenningsschuldbuch S. 208. §. 19. Upstallsbo. Gesetz §. 30. Dist. I. 12. 1. I. 13. 1. I. 14. 1. 3. I. 15. Vergl. auch §. 22, ferner Sächs. Landr. II. 22. 3, allgem. Gesetze des Westerw. Frieslands §. 30.

2) Kaiserr. I. 20.

3) Richtsteig des Landrechts I. 18 „It den *richter nyed* wittich en sü woe du It uen wittich sullest maken, soe vünt men du sullest bewüsen selve *sebende*.“ I. 34.

4) Sächs Landr. I. 18. 2.

5) Ist man z. B. nicht im Stande, mit Gerichtspersonen die Ergebung in den Mönchsstand zu beweisen, so sind sechs Zeugen hinlänglich zur Vertretung des gerichtlichen Zeugnisses. Sächs. Landr. II. 22. 3.

1) Die Fälle, wo aus Verträgen, namentlich Schuldverträgen, ein persönlicher Anspruch erhoben wird. Da hier der angebliche Schuldner Geld oder Sachen, die unmittelbar in seiner Gewere, im Umkreis seiner Persönlichkeit sich befinden, herausgeben soll, so ist er zunächst zum Beweis berechtigt.

Für gewöhnlich vermag hier der Eid des Verklagten, daß er keinen Vertrag einging, die Klage des Gegners abzuweisen. Jedoch ist hier nach der Natur der einzelnen Verträge und einzelnen Fälle zu unterscheiden.

Nach dem Sachsenspiegel ist der Eid des Verklagten nur dann nicht ausreichend, wenn ein vor Gericht abgeschloßener Vertrag vom Kläger durch Gerichtspersonen bezeugt wird [1]). Diesen Grundsatz haben in gewißer Weise die meisten der Friesischen Rechte angenommen, sie gestatten nemlich den Eid des Verklagten entweder mit oder ohne Eideshelfer als hinlänglichen Vertheidigungsgrund, wenn die Forderung nicht sehr groß ist [2]). Als eine dem Sachsenspiegel eigenthümliche Bestimmung erscheint auch seine Regel, daß der Erbe seines Erblaßers rechtmäßige Schulden bezahlen soll, wenn der Kläger zweiundsiebzig

---

1) Sächs. R. I. 7. Vergl. auch Distinkt. III. 13. 1.

2) Westerwolder Landr. c. 13. §. 14 „of een man an gesproken worde voer een lichte sake sonder bewys, die mach daer voer staen mit syn selves ede.“ Nach den Gesetzen der Brokmer genügt ein solcher Eid bei Klagen um einen Solidus. Richthofen S. 133. Nach den Küren von Fivelgo und Hunsingo §. 10. werden bei Schuldklagen um einen Schilling sieben, um zwei zwölf, um drei vierundzwanzig, um vier sechsunddreißig Eideshelfer auf Seiten des Verklagten erfordert.

Eideshelfer zur Begründung seiner Klage vorbringt [1]). Nach Albrecht ist dieser Beweis in der Wirklichkeit nicht erbracht worden, weil eine solche reiche Anzahl von Personen nicht leicht hätte zusammengebracht werden können [2]). Mit einigen Schwierigkeiten ist wohl dieser Beweis verbunden, aber gegen die Annahme „man habe mit dieser Bestimmung ausdrücken wollen, der Beweis hätte in der Wirklichkeit nicht stattgefunden", streitet der Charakter der Rechtsbücher, die nicht leicht eine Bestimmung enthalten, ohne daß sie nicht auch in der Wirklichkeit bestände, oder wenigstens in früherer Zeit bestanden hätte. Die so große Anzahl von Eideshelfern wird bestimmt aus Rücksicht auf die Befugniß des Erblaßers, bei Lebzeiten jede ungerichtliche Schuldklage mit seinem blosen Eid abzuweisen. Die Regel des Sachsenspiegels ist jedoch von den sonstigen Rechtsbüchern nicht angenommen, denn sie laßen bei Schulden des Erblaßers den Kläger mit sieben Zeugen seine Forderung beweisen [3]). Ueberhaupt werden nach dem Schwabenspiegel sowie nach manchen andern Rechtsbüchern der Eid oder die Eideshelfer des Verklagten durch die Zeugen des Klägers ausgeschloßen [4]).

Jedoch hat der Verklagte das Recht, indirekten Gegenbeweis gegen die Klagen dadurch zu führen, daß er zwar das Bestehen des Vertrags zugiebt, aber die Erfüllung von

---

1) Sächs. Landr. I. 6. 26. Richtsteig des Landrechts I. 10.

2) Dissertatio de probat. pars II. p. 26.

3) Kulm R. III. 66. Richtsteig des Landrechts I. 38. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 5.

4) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 11. Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 1.

seiner Seite mit Zeugen, gewöhnlich mit zwei, beweist [1]). Wenn ferner der Verklagte selbst nach denjenigen Rechten, die ihm den Eid und die Eideshelfer als Vertheidigungsmittel einräumen, diese Befugniß verliert, wenn der Kläger aus einer gerichtlichen Schuld klagt, so ist es ganz folgerichtig, daß dasselbe in allen den Fällen eintritt, wo später der Kläger auch ohne Gericht, wie z. B. aus einer von sieben Zeugen bezeugten Schuldurkunde eine rechte Forderung erlangt [2]).

2) Die Fälle, wo unmittelbar eine Sache Gegenstand des Streits ist.

Bei Grundstücken hat man schon in den Volksrechten Eid und Eideshelfer gegen Zeugen nicht zugelaßen [3]). Denn das Verhältniß des Einzelnen zum Grund und Boden ist ein bleibendes, sichtbares, das seine Genoßen und Nachbarn täglich sehen und beobachten können [4]). Wie der Grundbesitz für das öffentliche Recht, für die Leistung von

---

1) Dist. III. 13. 1. Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 1. Nach dem älteren Recht von Speyer mußte die Zahlung einer Schuld mit sieben Zeugen bewiesen werden, sonst hatte man außer der Schuld noch eine Geldstrafe zu entrichten. **Pertz. II. cur. Wor. 1231.**

2) Vergl. §. 20.

3) Vergl. z. B. **lex Bajuv. XVI. c. 2.**

4) **Pertz. I. cap. 817. §. 10 „quia non est credibile, ut vel de statu hominis vel de possessione cujuslibet per alios melius rei veritas cognosi valeat quam per illos qui viciniores sunt.“** Dieser Grundsatz findet sich auch im Römischen Recht bei Streitigkeiten über die Grenzen von Grundstücken angedeutet. Vergl. die Schriften der Römischen Feldmesser herausgeg. v. Blume, Lachmann u. Rudorf B. I. S. 281. Z. 1. **agrorum quae sint inspectio. „Quotiens quid inter vicinos extiterit quaestionis, ab agri mensoribus promptius hoc quaerendum. Primum antiquis mensuris quemadmodum tenuerint ostendant *vicinae possessiones* . . . . ut**

Kriegsdiensten [1]), für die Berechtigung zu gerichtlichen Stellen von der größten Bedeutung ist, so ist auch das Verhältniß seines Inhabers zu ihm nicht allein privatrechtlicher sondern auch öffentlicher Natur. Und man suchte daher schon frühzeitig auch selbst bei solchen Streitigkeiten, die nicht den Grundbesitz selbst, sondern nur Leistungen von ihm betrafen, die Eideshelfer durch Hinzuziehung von Zeugen zu verdrängen. So wurden z. B., um die so häufigen Streitigkeiten über Zehnten zu verringern oder wenigstens genau zu bestimmen, acht Personen gewählt, von denen wenigstens immer zwei verpflichtet waren, bei der Leistung von Zehnten zugegen zu sein [2]).

Mit dieser öffentlichen Natur des Grundbesitzes steht denn auch in genauem Zusammenhang die Regel, daß bei seinen Beschädigungen das Römische juramentum in litem vielfachen Beschränkungen unterworfen ist. Denn erfolgt ein Schaden an den mit dem Grundbesitz eng verbundenen Sachen, so zeigt sich bei der Schätzung dieses Schadens, wie der in Bezug auf Erwerb, Verlust, Steuern, Zinsen, der Oeffentlichkeit und der Gerichtlichkeit untergeordnete Grundbesitz auch hier der Privatwillkür seines Inhabers entzogen ist.

Denn entweder sind die zerstörten, beschädigten Sachen

---

quaeratur quo genere definitio vicinorum perseverat, eademque quasi *magistra* sit eorum quae in quaestione sunt.“ Siehe auch die Westgothische Antiqua oder das Gesetzbuch Reccared I. herausgeg. v. Friderich Blum. Halle 1847. c. 276.

1) Eichhorn, D. St. u. R. §. 166. N. f. Pertz. I. S. 145. Vergl. auch noch Homeyer über die Heimath S. 46.

2) Pertz. I. cap. Longob. 803 c. 19. constt. Olonnen 825. c. 11.

vertretbar[1]), oder sie haben nach dem Streben des älteren Rechts für alle Gegenstände einen bestimmten Preis zu bestimmen, ihren firirten Werth, welcher jedes juramentum in litem und jede Berechnung eines besonderen Interesses ausschließt[2]). Wenn dieses nicht der Fall ist, so wird der Schaden von den benachbarten Grundbesitzern oder vom Gericht abgeschätzt. Hier scheinen jedoch die Hauptgattungen der einzelnen Rechte nicht übereinzustimmen, sondern von verschiednen Grundsätzen auszugehen. Die Friesischen, Sächsischen und mit ihnen sehr nah verwandten Rechte haben folgende Bestimmungen. —

Nach den Langewolder Küren erfolgt die Schätzung eines abgebrannten Hauses mit Hinzuziehung von sechs benachbarten Hausbesitzern und von vierundzwanzig aus Verwandten gewählten Eideshelfern des Beschädigten[3]), während nach den vierundzwanzig Landrechten nur Nachbarn als Taratoren hinzugezogen werden[4]). Die willkürliche Schätzung des beschädigten Hauseigenthümers reicht nicht aus, sondern sie bedarf der Zustimmung solcher Personen, die, wie Verwandte und Nachbarn, durch ihr persönliches Verhältniß zum Beschädigten und durch ihre Lage zum Haus am besten geeignet sind, die Angaben des Eigenthümers über den Verlust als richtig zu bekräftigen, oder als zu hoch zu vermindern.

Das Gesetz der Rüstringer unterscheidet zwischen der Außenseite des Hauses und zwischen den im Haus befindlichen Gegenständen, die erste schätzt der Richter ab, die

1) Lex Baj. tt. XV. c. 1. §. 12. XVI. c. 1. §. 2. XXI. c. 1.
2) Vergl. l. Baj. tt. IX. XI. XIII.
3) Langewolder Küren §. 39.
4) Die vierundzwanzig Landrechte c. 24.

letzteren werden vom Eigenthümer mit Zustimmung von sechzig Mannen taxirt [1]).

Wenn ferner Jemand auf einem fremden Grundstück ein Gebäude aufführt, z. B. als Pächter oder als Inhaber eines Leibgedings, und später, als er das Gut verläßt, Streit über den Werth des Gebäudes entsteht, so geschieht deßen Schätzung weder von seinem früheren Inhaber, noch vom Grundeigenthümer, sondern von rechtschaffenen und unparteiischen Nachbarn und Markgenoßen [2]). Ebenso wird der vom Vieh auf fremden Feldern angerichtete Schaden, oder der Ersatz des fremden Getreides, das ein Reisender verzehrt, nach der Schätzung von den Nachbarn bestimmt [3]). Dieser Ansicht entspricht auch, daß der Kaufmann, der auf seiner Reise das Holz, das Gras eines Grundbesitzers benutzt, diesem so viel Ersatz für die Benutzung leistet, als gerecht und billig ist [4]). Die Worte, „quod justum est de tali re", deuten an, daß der Preis, welcher der willkürlichen Schätzung des Grundbesitzers entzogen ist, nach den dort üblichen von den übrigen Grundbesitzern angenomme-

---

1) Rüstringer Küren k. 2 „alsa monich hus sa ma barnde, alsa monich hundred merka tha liodon to fretha. Tha utwaga to ieldande, alsase thi redieua hlige; sin ingod to winnande mith sextich monnon oua tha heligon, ther efter sines redieua hligene, thet hi riuchte sweren hebbe."

2) Sächs. Landr. I. 2012. Pfenningsschuldbuch c. 42.

3) Sächs. Landr. II. 39. 2. II. 44. 1. 2. Dist. II. 8. 4. Vergl.

4) Pertz. I. cap. Aquisg. 820 „ubi emptor cujuslibet utitur herba aut lignis aut aliis villaticis commodis cum eo cujus sunt quibus utitur, agat juxta aestimationem usus, et quod justum est de tali re, illi persolvat." In dieser Bestimmung sind unstreitig die ersten Spuren fester Wirthshauspreise enthalten.

nen Schätzung berechnet werden soll [1]). Uebrigens äußert die Art und Weise, wie der Schaden angerichtet wird, ob derselbe mehr zufällig oder mehr absichtlich erfolgt, keinen Einfluß auf die Berechnung des Schadensersatzes, denn sie bleibt sich in diesen Fällen ganz gleich, während die Buße steigen oder auch fallen kann. Aus demselben Grund wird denn auch nach der Schätzung der benachbarten Grundbesitzer entschieden, wer den Nutzen von einem Gut zieht, wenn zwei zugleich behaupten, das Gut zu benutzen [2]).

Wie sehr also auch sonst der freie Friese, der freie Sachse berechtigt ist, mit seinem Eid und mit seinen Eideshelfern sich zu vertheidigen, so berücksichtigt er doch die öffentliche Natur des Grundbesitzes in dem Grad, daß er über deßen Werth nicht seinen subjectiven Eid, sondern das unparteiische Urtheil seiner Gemeinde-, Gau- oder Markgenoßen entscheiden läßt. Unstreitig steht unser heutiges, namentlich in Bezug auf Grundstücke so weit verbreitetes und so häufig angewendetes Institut der Taxatoren in enger Verbindung mit dieser so alt hergebrachten Ansicht über die öffentliche Natur des Grund und Bodens.

Der Schwabenspiegel dagegen, sowie die mit ihm verwandten älteren Volksrechte und späteren Rechte enthalten über die Werthschätzung Grundsätze, welche von den in Sächsischen Rechtsquellen geltenden bedeutend abweichen,

---

1) Vergl. auch l. Sal. tt. 10. c. 7. 8. l. Rip. 82. 1, wo die Worte „der Eigenthümer des beschädigenden Viehs hat den Schaden so zu ersetzen, wie er geschätzt ist", andeuten daß weder der Vieheigenthümer noch der Grundeigenthümer sondern dritte Personen den Schaden abschätzen.

2) Richtsteig des Landrechts I. 26.

und sich mehr den Römischen Grundsätzen über das juramentum in litem nähern.

Einen Uebergang von den Sächsischen Bestimmungen zu den Schwäbischen bildet die Ansicht des Bajuvarischen Rechts. Wenn nemlich ein Thier fremden Grundbesitz beschädigt hat, so kommen die Nachbarn hinzu, schätzen den Umfang des beschädigten Grundstücks und bestimmen dem Grundeigenthümer ein Grundstück, deßen Früchte unbeschädigt sind, und das an Größe dem beschädigten gleichsteht. Der Eigenthümer sammelt nun zur Erntezeit die Früchte vom unbeschädigten und die vom beschädigten Boden, und wieviel Früchte der letztere weniger als der erstere einträgt, so viel muß ihm der Eigenthümer des Viehs ersetzen [1]). Diese Bestimmung des Bajuvarischen Rechts enthält eine Vereinigung von öffentlicher und von Privatschätzung. Die Nachbarn bestimmen nach der Größe des beschädigten Grundstücks den Umfang des unbeschädigten, während der Verlust an Früchten von dem beschädigten Grundeigenthümer angegeben wird [2]). Das Alamannische Recht und der Schwabenspiegel aber gewähren überhaupt dem Grundeigenthümer das Recht, den auf seinem Grundstück angerichteten Schaden nach einer Schätzung

---

1) Tit. XIII. c. 12. §. 1 „ut nemo praesumat alienum animal occidere, neque porcum, quamvis in damno eum invenerit, sed recludat eum donec domino ejus ostendat damnum et aliqui de vicinis eorum videant hoc et designent locum qui laesus est, et alia quae intacta sunt usque ad maturitatem et colligat cujus messis est, et quantum minus invenerit in laesione illa, contra haec aequabilitatem integram ille reddat cujus animalia fuerunt et damnum fecerunt." §. 2 „Ita et de vinea et de prata similiter faciat sicut *aestimatores* arbitraverint et componat."

2) Vergl. auch leg. Luit. VI. 36.

zu bestimmen [1]), zu welchem Grundsatz in direktem Gegensatz das Jütische Recht steht. Denn dieses läßt den vom Vieh auf fremdem Grundstück angestifteten Schaden nicht vom Grundeigenthümer, sondern vom Vieheigenthümer unter Zuziehung von zwölf Eideshelfern bestimmen [2]).

Wegen des Zusammenhangs ist nun hier zugleich die Werthschätzung beweglicher Gegenstände zu erwähnen.

Wenn bereits bei den Immobilien feste Preise für ihren Werth in den älteren Rechtsquellen vorkommen, so gilt dieses noch in einem weit höheren Grad von den Mobilien [3]), namentlich von den Thieren. Nur selten erfolgt die Schätzung von dem Eigenthümer der beschädigten oder zu Grunde gerichteten Thiere [4]), und noch seltner geschieht eine Schätzung von beweglichen Sachen, z. B. von Verbeßerungen, die der Käufer einer fremden Sache auf sie verwendete, von richterlichen Personen [5]). Dieser Regel gemäß hat denn der Sachsenspiegel folgende Unterscheidung getroffen.

Bei allen Thieren, die ein bestimmtes Wergeld haben, fällt jede Schätzung von den Parteien oder von unparteiischen dritten Personen weg, bei solchen Thieren dage-

---

1) Lex Alam. tt 74. c. 2. Schwäb. Landr. c. 302. Vergl. auch Platner u. d. h. E. d. E. u. d. S. d. D. R. I. S. 157–159.

2) Jütisch Low III. 56. 2.

3) Lex Alam. tt. 67. 81. 87. Lex Baj. tt. 12. c. 3. tt. 19. c. 1. 3. 4. 5–7. 7.

4) Lex Fris. 4. c. 2.

5) Lex Baj. tt. XV. c. 4. §. 1 „quoties de vendita re contentio commovetur, si alienam fuisse constiterit, nullus sine domini praejudicio comparet. §. 3. et quidquid ad comparatae rei profectum studio suae utilitatis emptor adjecerit, a locorum judicibus aestimetur.

gen, die, wie z. B. Ritterpferde, gemästete Schweine, kein festes Wergeld haben, sowie bei sonstiger Fahrniß entscheidet die Wertschätzung des Eigenthümers, dem die Sache beschädigt, zu Grunde gerichtet, oder verloren wird [1]). Wird ein nach einem Wergeld geschätztes Thier verwundet oder gelähmt, so wird die Hälfte des Wergeldes entrichtet [2]). Nach anderen Rechten aber erhält der Eigenthümer des beschädigten Thiers für dieses vom Beschädiger so lange ein frisches Thier, als bis der letztere das beschädigte geheilt hat [3]). Das Recht des Eigenthümers in den Fällen, wo der beschädigte oder vernichtete Gegenstand kein Wergeld hat, deßen Werth zu bestimmen, scheint in dieser Beziehung mit dem Römischen juramentum in litem übereinzustimmen. Doch wird die im Römischen Recht übliche Befugniß des Richters, den vom Eigenthümer angegebenen Werth zu ermäßigen, in den Deutschen Rechtsquellen nicht erwähnt. Aber dennoch wird auch hier der individuelle Charakter des Deutschen Rechts gewahrt, und der Schadensersatz Leistende nicht gänzlich der eigenmächtigen Schätzung des Eigenthümers überlaßen. Wenn nemlich der Eigenthümer den Werth eines zu Grunde gegangenen wergeldlosen Gegenstands tarirt hat, so ist der zum Schadensersatz Verpflichtete berechtigt, an die Stelle des verloren gegangenen Gegenstandes einen andern zu ge-

1) Sächs. Landr. III. 47. III. 48. III. 51. 1. 2 „riddereperde aver . . . und . . . den n'is nen weregelt gesat . . . sie unde alle varende have (sal man) wedergeven oder gelden na des werderunge, die sie verlos, jene ne minnere sie mit sinem eide, die sie gelden sal.“ Kaiserr. IV. 25. Schwäb. Landr. c. 279. 387. Dist. III. 16. 2.

2) Sächs. Landr. III. 48 1.

3) Lex Baj. tt. XIII. c. 4. 5. 6.

ben, der nach seinem Eid dem ersteren an Werth ganz gleich steht [1]). Auch ist er, da er zuletzt den zu Grunde gegangenen Gegenstand in seinen Händen gehabt hat, befugt, mit seinem Eid die vom Eigenthümer gegebene Schätzung zu mindern [2]).

Der Sachsenspiegel, sowie die Distinktionen haben diesen Grundsatz ganz allgemein, ohne Unterschied, ob der zu Grunde gegangene Gegenstand ein lebendiger oder lebloser ist [3]). Der Schwabenspiegel dagegen scheint dieses Recht des Verklagten auf einzelne Thiergattungen zu beschränken [4]). Uebrigens wird auch bei den beweglichen Gegenständen nicht unterschieden, auf welche Art und Weise die Beschädigung oder der Verlust der Sache eintrat. Ebensowenig ist von Einfluß, bei welchen Verträgen solcher Verlust oder solche Beschädigung sich ereignet, in allen Fällen findet gleichmäßig das juramentum in litem Anwendung [5]). Wenn daher in der neuesten Zeit nach der Behauptung vieler Romanisten das juramentum in litem in der neueren Praxis bei allen arbitrariae actiones und allen bonae fidei actiones stattfindet, obgleich letztere nicht auf ein exhibere oder restituere gehen, so geben sie zwar zu, daß die Deutsche Praxis sich

---

1) Sächs. Landr. III. 51. 1. 2. Kaiserr. IV. 25. Schwäb. Landr. c. 278. 279. Dist III. 10. 2.

2) Sächs. Landr. III. 47. 2. III. 51. 2. Dist. IV. 33. Art. 1. Vergl. auch §. 6.

3) Dist. III. 16. 2 „had cyner deme andern des sinen icht gelegen, daz her ome had gelobet wedder czu geben, und mac dez nicht gehaben, so sal der cleger beluten waz daz wert sy gewest, so sal her ome also eyn gutes weddergeben, unde tud sinen eyd dorzcu, daz is nicht besser gewest sy.“

4) Vergl. Schwäb. Landr. c. 278. 279, mit c. 387.

5) Sächs. Landr. III. 48. III. 51. 2.

nicht an die engen Grenzen des Römischen Rechts gebunden hat, haben aber keine Vorstellung davon, in welchem tiefen, historischen Zusammenhang diese sogenannte Deutsche Praxis mit der ganzen, vor der allgemeinen Aufnahme des Römischen Rechts geltenden Deutschen Rechtsanschauung steht.

In Bezug auf die Befugniß, zuerst die Berechtigung, den Anspruch zur Sache zu beweisen, gilt ein dem Beweisrecht bei Verbrechen entsprechender Grundsatz. Denn derjenige ist zunächst zum Beweis berechtigt, welcher behauptet, am meisten auf die Sache eingewirkt zu haben, oder einwirken zu können. Wie bei den Verbrechen zunächst der angeschuldigte Verbrecher zuerst zum Beweis ermächtigt ist, weil zunächst die von seiner Persönlichkeit angeblich ausgegangenen Handlungen in Frage stehen, so wird bei Streitigkeiten um Sachen derjenige zuerst zum Beweis zugelaßen, nach deßen Ansprüchen seine physische und juristische Persönlichkeit am frühsten oder am engsten mit der Sache in Verbindung steht oder stand, oder an ihr ein größeres Recht als sein Gegner erlangte.

Diese allgemeine Regel ist nun nach den verschiedenartigsten Richtungen hin gültig.

In allen den Fällen, wo der Inhaber einer beweglichen Sache, wie z. B. einer gefundenen [1]), einer zugefloßenen [2]), einer erblosen [3]), einer einem Dieb oder Räuber abgenommenen Sache [4]), an ihr keinen eigenen Anspruch behauptet, hat der Kläger, welcher ein Recht an der Sache behauptet, die Befugniß, seinen Anspruch zu bewei-

---

1) Sächs. Landr. II. 37. 1. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 347.
2) S. Landr. II. 29.
3) S. Landr. I. 28 Siehe auch die Lehre vom Verzug §. 15.
4) S. Landr. II. 37. §. 1. 2. Schwäb. Landr. c. 199.

sen, und mit zwei Personen sich zu der Sache zu ziehen, ohne Unterschied, ob der Inhaber den Anspruch zugiebt oder leugnet [1]). Wenn dagegen der Inhaber der Mobilie behauptet, er habe ein dem Recht des Klägers wenigstens gleichstehendes Recht, z. B. er habe die gefundene oder die angeblich erblose Sache eine bestimmte Zeit lang inne gehabt [2]), so geht der Verklagte als ihr Inhaber im Beweis vor. Dasselbe gilt auch, wenn er behauptet, daß er die Sache zuerst in seinem Eigenthum hatte, wie z. B. daß er sie als res nullius okkupirte, sie verfertigte, sie aufzog [3]). Denn in diesen Fällen ist er ja der erste gewesen, welcher die Sache in sein Eigenthum und in seine Gewere brachte, und diese beiden Rechte können ihm auf eine unrechtmäßige Weise wider seinen Willen gewöhnlich nicht entzogen werden.

Während aber das Sächsische Recht in solchen Fällen keinen Gegenbeweis von Seiten des Klägers zuläßt, da nach seiner subjectiven Anschauung nicht der objective Umfang der Beweismittel, sondern die Stärke des behaupteten Rechts entscheidet, so gestattet dagegen der Schwabenspiegel dem Kläger einen Gegenbeweis mit sieben Gezeugen [4]). Dieser Grundsatz nähert sich schon den heutigen Beweisregeln,

---

1) Sächs. Landr. I. 15. 1. Vergl. auch Planck l. c. S. 245—251.

2) Sächs. Landr. II 37. Richtsteig des Landrechts I. 13. Vergl. auch die Lehre vom Verzug.

3) Sächs. Landr. II. 39. §. 3. Schwäb. Landr. c. 265.

4) Schwäb. Landr. c. 265. „sprichet (der verklagte Inhaber) dâ wider, of ez vihe was, er habe ez lâzen ze fuore, oder er habe ez gezogen in sinem stalle, der behabet ez mit bezerme rehte, der ez in der gewer hât, danne jener der ez da ansprichet, der sol ez selbe dritte erziugen wârhafter liute. Vermizet aber er sich hin wider siben gezinge, sô hât er jenen gezine verleit.“

nach denen die objective Stärke der Beweismittel entscheidet [1]).

Bei Streitigkeiten um Grundstücke ist derjenige, welcher ein dingliches Recht an einem Grundstück besitzt, zuerst zum Beweis berechtigt, wenn sein Gegner nur einen persönlichen Anspruch z. B. den aus einem Contrakt erhebt [2]). Denn der angeblich dinglich Berechtigte steht ja in einem unmittelbaren Verhältniß zur Sache, seine juristische Persönlichkeit hat auf dieselbe eingewirkt und wirkt noch fortwährend auf sie ein [3]), während sein Gegner nur mittelbar zu ihr in Beziehung steht.

Wenn beide Parteien an ein und demselben Grundstück Rechte behaupten, die nebeneinander bestehen können, und das eine nur den Umfang des Andern beschränkt, so geht derjenige vor, welcher factisch die Sache innehat, denn seine Persönlichkeit steht ja in diesem Fall unmittelbar mit der Sache in Verbindung, welche Voraussetzung beim Gegner fehlt. Zu den Beispielen solcher Art gehört das, wo Jemand in Bezug auf ein Gut Vasall zu sein behauptet, solches aber deßen Eigenthümer leugnet. Der angebliche Vasall, der die Gewere hat, geht dem Eigenthümer im Beweisrecht vor [4]). Ist aber in diesem Fall die Gewere beider gleich, so hat der Vasall bezüglich des Beweisrechtes den

---

1) Ueber sonstige Fälle, wo derjenige vorgeht, der ein beßeres Recht als sein Gegner an der Mobilie zu haben behauptet, vergleiche auch noch Planck l. c. S. 256. 271.

2) Sächs. Lehnr. I. 7. 42. 1. 55. §. 1. u. 7.

3) Vergleiche über die verschiednen Fälle auch Planck l. c. S. 274 – 276.

4) Sächs. Lehnr. 13 §. 1.

Vorzug [1]). Nach Plancks Ansicht beruht diese Bestimmung auf einer positiven Begünstigung [2]), aber diese Ansicht ist wohl unrichtig. Denn in Deutschland gilt nicht die Französische Regel „nulle terre sans seigneur“, sondern dieser Vorzug ruht auf einem tiefer liegenden Grund. Der angebliche Vasall behauptet nemlich durch das Lehnsverhältniß nicht allein in einem juristischen Verhältniß zum Gut zu stehen, sondern auch in einem Verhältniß zum Gegner sich zu befinden, das seine gesammte juristische und physische Persönlichkeit nach den verschiedenartigsten Richtungen hin verbindlich macht. Da er also durch sein Vasallenthum eine weit größere Anzahl von rechtlichen Verbindlichkeiten und Pflichten behauptet, als sein Gegner, so hat er in Bezug auf den Beweis einen Vorzug dem Eigenthümer gegenüber, der mit seiner Behauptung, Eigenthümer zu sein, nur ein Verhältniß zur Sache beansprucht.

Behaupten die Parteien Rechte an ein und demselben Gut, die nicht nebeneinander bestehen können, so geht diejenige vor, welche behauptet, eine rechte Gewere am Gut zu haben, denn diese schließt ja ihrer Natur nach jeden gegenüberstehenden Anspruch aus. Die öffentliche, gerichtliche Handlung, mit welcher die rechte Gewere beginnt, die Jahr und Tag dauernde Verbindung des Inhabers mit der Sache, die gleichsam durch diesen Zeitablauf mit ihm verwächst, vernichten jeden gegnerischen Anspruch [3]). In den übrigen Fällen geht derjenige vor, der das Gut inne hat [4]).

---

1) Sächs. Lehnr. 41. 1.

2) Planck l. c. S. 278

3) Richtsteig des Landrechts I. 20. Sächs. Lehnr. 13. 1. Vergl. auch Planck l. c. S. 279–84.

4) Richtsteig des Landr. I. c. 26 „Na den dat jck dat goit In

Behaupten beide Parteien, das Gut zu besitzen, so geht derjenige vor, der den Nutzen der Sache zieht [1]). Ist die Gewere beider gleich, so entscheidet wieder das beßere Recht [2]). Derjenige z. B., der Erbeigen behauptet, geht demjenigen vor, der nur gekauftes oder gegebenes Eigen anspricht. Denn der Erstere setzt in seiner Person die lange Reihe seiner verstorbenen Ahnen fort, er vereinigt als zeitlicher Erbe des Guts ihre gesammte rechtliche Einwirkung auf das Gut, die Dauer ihrer rechtlichen Beziehung wird ihm angerechnet, und das vielleicht schon Jahrhunderte lang dauernde Recht seiner Ahnen wird dem Recht des Erben zugezählt [3]).

Sind beide Parteien gleich sowohl in Bezug auf die Qualität des Rechts, als auch in Bezug auf den Besitz, so entscheidet über die Gewere das Zeugniß der Nachbarn [4]).

3) Die Fälle, wo nach der besonderen Beschaffenheit der Klage dem Verklagten gegenüber der Kläger eine übergeordnete Stellung einnimmt, weil er in engerer Verbindung zum Streitpunkt steht oder ein wichtigeres Intereße an ihm hat.

---

münre hebbender were hebbe off jck münre hebbender weren yet naerre to behalden sü Dan hie der my aff to wynnen sü. So vünt men du südste des naerre.“ Vergl. auch Planck l. c. S. 284—288.

1) Richtsteig des Landrechts I. 26.

2) Sächs. Landr. II. 43. 1.

3) Sächs. Landr II. 43 2. Richtsteig des Landrechts I. 26. Ueber sonstige Fälle vergl. auch Planck l. c. S. 288—291.

4) Vergl Planck l. c. S. 291—292. Richtsteig des Landrechts I. 26.

Hier wird dem Kläger die Befugniß eingeräumt, mit seinem blosen Eid zuerst den Beweis zu führen und den Vertheidigungseid des Verklagten abzuwehren.

Planck erwähnt auch solche Fälle [1]), behauptet aber, dieses Recht des Klägers beruhe auf einer besonderen Begünstigung. Eine willkürliche Begünstigung ist jedoch hier nicht gut anzunehmen, sondern das Recht hat diesen Grundsatz, weil ihn die Natur der Verhältnisse und die gegenseitige Lage der Parteien fordern. Er entspricht dem ganzen Wesen der Rechtsverhältnisse, er ist ihrer Entstehung und ihrem Zweck am meisten gemäß. Gerade in dieser Beziehung zeigt sich, wie das Volk nach den verschiedensten Richtungen hin die Rechtsverhältnisse auffaßt, und die Berechtigung des Klägers, zuerst mit seinem blosen Eid seine Klage zu beweisen, erscheint nicht als ein willkürliches Vorrecht, sondern als eine nothwendige Folge der Anschauungsweise, die beim Volke über den Begriff und über das Wesen des streitigen Verhältnisses herrscht. Solche Fälle kommen vor in den verschiedenartigsten Beziehungen und sie stützen sich auf die Ansicht, daß Jemand als sicherer Kenner das am ersten und besten beurtheilen kann, und zunächst entscheiden darf, was auf seine eigenen Handlungen sich bezieht, oder auf solche Verhältnisse, wo nach deren Natur seine Persönlichkeit in einem erhöhten Grad betheiligt ist und betheiligt sein muß. Die Anzahl dieser Fälle ist nun sehr zahlreich, und von ihnen sind folgende besonders bemerkenswerth.

Behauptet der Ehemann seiner Ehefrau gegenüber, eine bestimmte Zeit mit ihr gelebt zu haben, so genügt zum Beweis dieser Behauptung sein Eid, denn er ist das Haupt

---

1) Zeitschrift f. d. R. h. v. Reyscher u. Wilda B. X. S. 222–223.

der Familie [1]). Wenn dagegen von den Erben des verstorbenen Mannes seiner Wittwe Morgengabe, Geschmeide, Leibgeding bestritten wird, so ist der Eid der Frau hinlänglich, um ihre Ansprüche zu begründen [2]). Von der Wittwe wird angenommen, daß sie solche Vermögensstücke, welche der Ehefrau ausschließlich angehören, und die ihr von ihrem Mann gewöhnlich gegeben werden, schon mit ihrem blosen Eid sich aneignen könne.

Da ferner die ganze Existenz der Dienstleute auf ihrer Kost und auf ihrem Lohn beruht, so genügt ihr Eid allein, um gegen den Widerspruch ihrer Herrschaft Ansprüche auf Kost und Lohn wegen geleisteter Dienste zu fordern, welches Recht jedoch in Bezug auf die Zeit und die Summe des Lohns häufig beschränkt ist [3]).

Aus ähnlichen Gründen hat der Speise-, Wein- und Bierwirth ein gleiches Vorrecht bezüglich seiner Forderungen aus seinem Geschäft [4]).

---

1) Pertz. I. Pip. cap. 757. c. 20.

2) Sächs. Landr. I. 20. 6—9. Dist. I. 13 2. I. 29. 2. Görlizer Landr. c. 47. §. 6. Richtsteig des Landrechts II. 8. Bluntschli l. c. I. S. 432.

3) Nach dem Sachsenspiegel gilt dieses Vorrecht nur für den Lohn eines Jahres. Sächs. Landr. I. 22. 2. Schwäb. Landr. c. 25. Nach dem Emsiger Pfenningsschultbuch ist das Vorrecht allgemein §. 5 „alle man moet syn arbeides loen wynnen myt syner sele; des ghelyken moet alle man syn hure wynnen myt syner sele, dat en sey sake dat een van beyden segge, datse syn betaelt.“ Das Kulmische Recht beschränkt dieses Vorrecht auf vier Schillinge. III. 82 84. Das Magdeburgische Recht auf fünf Schillinge. Böhme Th. VI. Schöffenurth. S. 94, 102 107. Vergl. auch Planck l. c. S. 344.

4) Kulm. R. III. 86. Böhme Th. VI. Schöffenurth. S. 97. Stader Statut. V. 17. Pufendorf obs. I. app. p. 195.

Eigenthümlich ist das Verhältniß des Verpächters und Vermiethers zu seinem Pächter und Miether. Der Eigenthümer kann nemlich den vom letzten Jahr schuldigen Pacht oder Miethzins mit seinem blosen Eid fordern; man nimmt an, er müße als Eigenthümer genauer, wie sein Gegner, wißen, ob der Zins vom letzten Jahr gezahlt worden ist, oder nicht [1]). Bezüglich der vorhergehenden Jahre dagegen wird angenommen, daß der Pächter und Miether mit seinem Eid allein die Zahlung beweisen könne [2]). Da der Zinsberechtigte ein Jahr, ja zwei Jahr, hat vorübergehen laßen, ohne den rückständigen Zins zu fordern, so wird rechtlich präsumirt, daß er bezahlt ist und der Eid des Pächters oder Miethers genügt, um dieser Vermutung volle richterliche Wirkung zu ertheilen. Wenn dagegen überhaupt streitig ist, auf wie lange Zeit ein Gut verpachtet ist, so ist der Verpächter, der solches als eine von ihm ausgegangene Beschränkung seines Eigenthums beßer, als sein Gegner, wißen muß, berechtigt, mit seinem Eid die Zeitdauer zu bestimmen [3]).

Ferner ist der sonst vielfach beschränkte Jude, dem zugegeben wird, ein Darlehn geliehen zu haben, berechtigt, mit seinem blosen Eid zu beweisen, daß der Darlehnsempfänger Zinsen versprach. Da der Jude Zinsen zu nehmen berechtigt ist, so streitet die Vermutung für das Zinsversprechen [4]). Denn

---

1) Sächs. Landr. I. 34. 3. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth. S. 97.

2) Richthofen die acht Domen §. 3. Kulm. R. III. 85. Dist. II. 4. 2. 3. Eisenachisches Rechtsbuch III. 29.

3) Schulzenrecht des Westerl. Frieslands §. 49.

4) Dist. III. 17. 13. Bluntschli I. S. 293.

ein von einem Juden gegebenes unverzinsliches Darlehn ist gleichsam ein Wunder, deßen Dasein nicht anzunehmen ist [1]).

Merkwürdig ist es, wie gerade in der allerneuesten Zeit von verschiedenen Staaten, wie z. B. von Nassau, Hessen, Preußen, Gesetze erlaßen sind, die eine kürzere Verjährungsfrist für dergleichen Fälle einführen. Denn wenn auch das ältere Deutsche Recht keine Römische Verjährung kennt, so enthält doch dieses Recht des Klägers, mit seinem blosen Eid seine Forderung für eine bestimmte Zeit zu beweisen, schon gewißermaßen die Andeutung einer kürzeren Verjährungsfrist. Die Bestimmung der jetzigen Zeit ist nichts anderes, als eine den jetzigen Anforderungen des Lebens entsprechende Fortsetzung und Ausbildung der früheren Deutschen Rechtsanschauung, an die allerdings die jetzigen Gesetzgeber bei der Abfaßung der Gesetze wohl nicht gedacht haben. Wie denn überhaupt manche Rechtsinstitute der neueren Zeit, die jetzt nur als rein Römischen Ursprungs gelten, schon im älteren Deutschen Recht wenigstens der Idee nach vorhanden waren.

Uebrigens hat natürlich in den Fällen, wo der Eid des Klägers dem des Verklagten vorgeht, der letztere die Befugniß, gegen ihn mit Zeugen indirekten Gegenbeweis zu liefern, soweit solches nach der Natur des einzelnen Rechtsfalls möglich ist. So z. B. ist derjenige, welcher von seinem Wirth aus Wirthshausschulden belangt wird, befugt, mit zwei Zeugen zu beweisen, daß er die Rechnung bezahlte.

---

1) Das Vorrecht der Handelsbücher steht unstreitig in enger Verbindung mit diesen sämmtlichen Vorrechten bei Streitigkeiten um Zahlungen.

§. 26.
Die Ordalien.

Die Ordalien dienen als letztes Mittel bei dem Widerstreit entgegenstehender Behauptungen den Beweis der Wahrheit zu erlangen [1]). Aber die im Lauf der Zeit immer mehr zunehmende Neigung, die Wahrheit und Gültigkeit der Thatsachen nicht allein von den Aussagen ihrer angeblichen Urheber, von der Bedeutung ihrer Eide, von dem Ausspruch ihrer Eideshelfer abhängen zu laßen, sondern durch feste objective Bestimmungen diese subjective Willkür zu begrenzen, äußert auch auf die Ordalien ihre nachhaltige Einwirkung [2]). Immer beschränkter wird ihr Gebiet, immer seltner wird die Gelegenheit, die Schärfe des Schwerts, die Kraft der Elemente als helfende und richtende Mächte anzurufen, immer mehr verschwindet die Ansicht, daß in den Ordalien sich die Gnade und Wahrheitsliebe Gottes offenbart [3]).

Die einzelnen Ordalien erfahren dieses Schicksal bald früher bald später.

1) Der Zweikampf. Schon frühzeitig finden sich einzelne Spuren von der Ansicht, daß der Zweikampf unrechtmäßiger Weise als Mittel diene, streitige Processe zu entscheiden [4]). Im Lauf der Zeit entwickelt sich nun allmälig

---

1) Vetus. auctor. de benef. I. §. 100 „tamen judicium dei non est licitum adhiberi per ullam causam, nisi cujus veritas per justitiam non potest reperiri.“

2) Vergl. über den subjectiven Charakter auch Platner B. I. S. 42 38.

3) Canciani I. IV. S. 338. c. 19

4) Leg. Luit. VI. 65 „quia incerti sumus de judicio dei et multos audivimus per pugnam sine justitia causam suam

in immer mehr zunehmendem Maß die Ueberzeugung, daß der Zweikampf nicht auf einer wahren sittlichen, sondern auf einer falschen unsittlichen Vorstellung beruht, und daß in ihm nicht die Gottheit selbst die Wahrheit offenbart, sondern die zufällige Körperstärke des einen Gegners den andern schwächern überwindet. Schon der Schwabenspiegel, der noch den Zweikampf gestattet, sagt von dem Fall, wo Jemand, der gegen sein beßeres Wißen leugnet, seinen Ankläger zum Diebstal überredet zu haben, diesen im Zweikampf besiegt, „swederr gesiget, der ist unschuldic vor der werlte: aber vor gote sint sie beide schuldic“ [1]). In noch weit stärkeren Ausdrücken äußert sich über die Unwahrheit des Grundsatzes, daß der Sieger im Zweikampf zugleich auch der wirklich Berechtigte ist, das Kaiserrecht, denn dasselbe sagt ganz allgemein „der kamphe ist ein mutwille unwiscenhafter lute, un en is kein recht nit, wan zwei menschen wurden nie glich stark, eins must ie kreftiger sin dann daz ander; durch daz hat man ye un ye gesehen, daz die sterksten die krenksten hant angesprochen, und nit die krenksten die sterksten, un han die starken ye und ye gesigt, sie hetten recht oder unrecht“ [2]).

Vor allem bestreben sich aber die Städte, in denen der

---

perdere. Sed propter consuetudinem gentis nostrae legem impiam vetare non possumus.“

1) Schwäb. Landr. c. 187.

2) Kaiserr. II. 69. vergl. auch die constt. reg. Sic. v. Friedrich II. II. tt. 33 „est non tam vera probatio, quam quaedam divinatio, quae naturae non consonans, a jure communi deviat, aequitatis rationibus non consentit. Vix enim aut nunquam inveniri poterunt, aequales sic.“

Handel und die Gewerbe die kriegerische Ausbildung verdrängten, und das gemeinsame Zusammenwohnen und Zusammenleben den Einzelnen immer mehr von dem Zeugniß und Urtheil seiner Mitbürger abhängig machte, das Privileg zu erlangen, daß der Zweikampf innerhalb ihres Gebietes verboten wurde [1]). Mit diesem Streben, den Zweikampf abzuschaffen, stimmt denn auch die Kirche überein. Sie sagt ausdrücklich, daß nach dem göttlichen Recht kein Mensch berechtigt ist, den andern mit Kampf anzusprechen, und daß Gott dem Menschen hinlänglich Recht hinterlaßen hat, um ihre Streitigkeiten vollständig ohne Kampf entscheiden zu können. Freilich verschmäht der Mensch im Uebermut auf seine leibliche Kraft diesen Grundsatz und fordert zum Zweikampf, aber dieses Mittel ist für beide Parteien von unglücklichem Erfolg, denn der Besiegte verliert Leib und Seele, der Sieger dagegen kann nur vom Pabst wegen seines Frevels freigesprochen werden [2]).

Wenn nun auch die Ansicht, daß im Zweikampf der Zufall und die Uebermacht des physisch Stärkeren nicht der Wille der Gottheit und das Recht des rechtlich Stärkeren entscheidet, in mannichfacher Beziehung an dem im Volk eingewurzelten kriegerischen Sinn scheitert, so wird doch der Zweikampf nach verschiedenen Richtungen hin beschränkt.

---

1) Kaiserr. IV. 1. Gengler. Altenburg. Priveleg v. 1250. §. 28. Nürnberg. Freiheitsbrief v. 1219. §. 3 Rbf. v. Stade 1209. §. 19. Seester Willküren aus d. 12. Jahrh. §. 41. Majer, die Ordalien. Dortmund. Rbf. v. 1332. Wormſ. Rbf. v. 1355.

2) Dist. IV. 22. 1. Vergl. auch Lappenberg, Hamburgisches Urkundenbuch N. 363. Erzbischof Hartwig untersagt den Mißbrauch der Gottesurtheile durch weltliche Richter 1207. Majer S. 277—280. Laferriere histoire I. S 227.

Denn es muß sowohl der zum Zweikampf Herausfordernde vollkommen an seinem Recht sein, und weder dem Herausgeforderten an Geburt nachstehen [1]), noch auch mit ihm zu nahe verwandt sein [2]), als auch der Herausgeforderte selbst sich nur vor dem Gericht des Landes zum Zweikampf einzulaßen braucht, dem er durch seinen Stammsitz angehört, oder wo er, wie der Sachsenspiegel sagt, seinen Schöffenstul hat [3]). Die Städte haben diese Grundsätze öfters ausgedehnt, und den Zweikampf nur unter inländischen Bürgern zugelaßen [4]), ja ihn häufig beim inländischen Bürger nur dann, wenn er wollte, gestattet [5]).

Da ferner der Zweikampf einen kriegerischen Sinn, eine bestimmte Körperkraft erfordert, so wird in allen den Fällen, wo diese Eigenschaften bei den Personen, wie z. B. bei Lahmen, Krüppeln, Frauen, Minderjährigen, Geistlichen, fehlen, entweder der Zweikampf vollständig ausge-

---

1) Sächs. Landr. I. 63. III. 29 I. Schwäb. Landr. c. 348. 350. Dist. IV. 22. 3. Pertz. II. convent. Ratisb. 1156. const. de pace tenenda c. 10.

2) Das Schwäb. Landr. c. 350. schließt die Verwandten bis zum fünften Grad aus. Sächs. Landr. I. 64. §. 3. Dist. IV. 22. 6. Kulm. R. II. 69. Richthofen, Gesetze der Rüstringer S. 123. I. 0—30.

3) Sächs. Landr. III. 26. 2. III. 33. 3. III. 70. 3. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 296.

4) Gengler, Bodenwerder Rechtsbrief v. 1287. §. 9 Eger. Rbf. v. 1279. §. 3. Freiburger Stadte. v. 1120. §. 22. Eisenach. Rbf. v. 1283. §. 10. Frankfurter Stadtr. v. 1297. § 3. Rotenburger Frhbf. v. 1283. §. 10. In Düsseldorf wurde dem gefangenen Fremden gegenüber ein Kämpfer vom Stadtherrn ernannt. Düsseld. Frhbf. v. 1288. §. 18. 22.

5) Gengler, Münden. Stadtr. v. 1240 §. 3. Holzminden. Rbf. v. 1245. §. 11. Freiburg. Regesta Badensia v. Dumge Anhang N. 75.

schloßen, oder durch Stellvertreter ausgeführt [1]), obgleich sonst die Stellvertretung nur dann zuläßig ist, wenn der Gegner ein an seiner Ehre bescholtener Mann ist [2]). Während nun ursprünglich der Zweikampf nicht allein in den Fällen stattfand, wo Leben, Freiheit oder Ehre auf dem Spiel standen, sondern auch bei Civilklagen um Grundbesitz ja sogar bei denen um bewegliches Vermögen [3]), so wird später der Zweikampf fast nur bei Criminalklagen zuläßig, und nur diejenigen Rechte, die, wie die Friesischen, am allerzähesten das ursprüngliche Volksrecht festhalten, gewähren auch bei Streitigkeiten um Grundbesitz den Zweikampf. Denn der Grundbesitz stand ja von jeher in sehr inniger Verbindung mit Freiheit und Ehre der Personen, und nur allmälig trennen sie sich in verschiedene Rechtsgebiete [4]).

---

1) Sächs. Landr. I. 42. 2. I. 43. I. 48. 2. I. 49. Pertz. II. edict. Ott. I. II. 967. c. 9. 10. Henr. leg. 1019. c. 2. Gengler, Leobschütz. Stadtr. v. 1270. §. 23. Ueber den Zweikampf mit Frauen vergleiche man Maier l. c. S. 270–274.

2) Pertz. II. l. c. Sächs. Landr. I. 48. §. 1. Die Friesischen Rechte laßen jedoch auch von Seiten des Klägers eine Stellvertretung zu, wenn der Angeschuldigte sich auf den Zweikampf beruft. Richthofen, die vierundzwanzig Landrechte c. 24. Langewolder Küren. §. 17. 19. Allgemeine Gesetze des Westerländischen Frieslands. Schulzenrecht §. 38. 39. 41. Nach dem Bajuvarischen Recht scheint überhaupt die Stellvertretung bei beiden Parteien üblich gewesen zu sein. Lex Baj. tt. 16. 17. 22.

3) Canciani l. leges Longobard. S. 222. intentiones unde per leges potest haberi pugna, Ottonis II. leg. c. I. XIII. S. 229–233. lex Anglior. tt. 16. lex Alam. tt. 84. lex Sax. tt. 16. c. 1. constt. reg. Sic. II. tt. 32. Pertz. II. Otton. I. II. edict. 967. c. 1–11.

4) Richthofen Küren von Humsterland §. 22. Gesetze der Brokmer S. 133. Vergl. auch Pertz. II. conv. Pap. 971.

Von den Criminalfällen, bei denen der Zweikampf auch noch nach späterem Recht eintreten konnte, sind nennenswerth größere Verwundungen, sogenannte kampfeswerthe Wunden, Tödtung, Mord, Verrath, Fälschung, Brandstiftung und überhaupt alle Friedensbrüche [1]). Eine besondere Ausnahme bildet jedoch das crimen laesae majestatis, denn dieses Verbrechen bedroht in einem zu hohen Grad die Aufrechterhaltung des Deutschen Reichs, als daß der Einzelne bei einer so wichtigen Anklage mit seinem Schwerte die Anklage von sich abweisen könnte [2]).

Die schwierigste und verwickeltste Frage ist nun aber die, wann war der Kläger, wann der Verklagte zum Zweikampf berechtigt, beziehungsweise verpflichtet.

In den ältesten Zeiten war nicht allein in Criminal-, sondern auch in Civilfällen dann der Zweikampf zuläßig, wenn

1) Pertz. I. cap. Ticinenn. 801. c. 10. capi de latro. 804. c. 3. Captul. Li. III. c. 48. Ludov. II. cap. excerp. 856. c. 13. Pertz. II. edict. Ott. I. II. 967. c. 1. Henric. constt. de venef. 1051. constt. de benef. am. 1056. constt. de pa tenen. c. 1. 2. sttia de defens. a peric. duello. 1156. cur. Erford. 1290. Sächs. Landr. I. 63. §. I. I. 64. III. 9. 2. Kulm. R. II. 66. III. 7. 8. 11. V. 37. 59. Schwäb. Landr. c. 188. 394—96. Dist. IV. 5. 1—3. Richthofen Küren v. Humsterland §. 19. 22. Langewolder Küren §. 19. Schulzenrecht des westerländischen Frieslands §. 45. Die acht Domen. Die achte D. Schott III. Freiberg. Stadtr. S. 226. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. S. 91. 106. 107. 114. 115.

2) Pertz. II. curia Erfordian. 1290 sententia de defensione periculo duellionis „extitit sententialiter diffinitum, quod, quicunque pugna duellionis quod vulgo dicitur kamprecht, prestando jurisjurandi sacramento manualiter exhibito, suam possit innocentiam expurgare; nedum (in incendio nocturno) accusatur sed in multis aliis et diversis, nisi *conscius repertus fuerit lese criminis majestatis*“

26 *

in irgend einem Proceß Eideshelfer gegen Zeugen, oder Zeugen gegen Zeugen von den Parteien vorgebracht wurden. In diesem Fall nemlich wurde von einer jeden Partei einer aus den Zeugen gewählt, die nun gegeneinander den Zweikampf versuchten [1]). Nach den Gesetzen der Brokmer entschied bei Streitigkeiten um Erbgut dann das Schwert, wenn eine jede Partei einundzwanzig Zeugen vorbrachte [2]). Nach den acht Domen §. 10. war selbst der Zweikampf gegen die Aussage von drei Schöffen zuläßig [3]). Ferner entschied dann der Zweikampf, wenn zwar der vom Verklagten vorgeladne angebliche Auktor vor Gericht erscheint, aber seine Auktorschaft leugnet [4]).

Allmälig jedoch wird das Recht zum Zweikampf auf die Fälle beschränkt, wo keine Zeugen von beiden Parteien vorhanden sind. Jedoch hat man hier nach den einzelnen Hauptrechtsbüchern zu unterscheiden.

Nach dem Sachsenspiegel ist der Angeschuldigte berechtigt, selbst dann, wenn er mit Gerüfte verfolgt und gefangen vor das Gericht gebracht worden ist, seine Unschuld an dem Verbrechen mit dem Schwert zu vertheidigen [5]), weder Eideshelfer noch Zeugen des Anklägers sind im Stand,

---

1) Pertz. I. capit. Tic. 801. c. 10. capit. quae leg. Sal. add. 817. c. 10. Canciani leg. Long. lex Loth. c. 67. Capit. IV. c. 22. lex Saxo. tt. 16 lex Baj. tt. 11. c. 5. tt. 16. constt. reg. Sic. II. tt. 32. Siehe auch Walter D. R. G. §. 626—28.

2) Richthofen, Gesetze der Brokmer S. 135.

3) Das Schwäb. Landr. c. 356. und das Sächs. Landr. III. 21. 2 laßen bei gleich schwachen Beweismitteln für das Recht an einem Gut, an die Stelle des Zweikampfs das Waßerurtheil eintreten.

4) Capit. lib. III. c. 46

5) Sächs. Landr. I. 69. III. 1. 2. Vergl. auch Schott I. Magdeb. Stadtr. Art. 15. 56.

ihm dieses Recht zu entziehen [1]). Ja selbst Rudolf von Habsburg scheint nach den Worteu: „extitit sententialiter diffinitum, quod, quicunque pugna duellionis, quod vulgo dicitur kamprecht, praestando jurisjurandi sacramento manualiter exhibito, suam possit innocentiam expurgare," dem Angeklagten allgemein das Recht eingeräumt zu haben, sich durch den Zweikampf gegen Anschuldigung von Verbrechen zu vertheidigen [2]).

Ebenso ist aber auch nach dem Sachsenspiegel der Kläger berechtigt, den Angeschuldigten zum Zweikampf aufzufordern, ohne daß der letztere durch Eideshelfer oder Gezeugen diese Aufforderung abweisen kann [3]).

Diese Grundsätze des Sachsenspiegels haben aber andere Rechte nicht anerkannt.

Nach einigen Rechten braucht sich der Angeklagte auf den Zweikampf nicht einzulaßen, wenn er sich gegen die nur auf die Aussage des Klägers gegründete Anklage mit einer gehörigen Anzahl von Eideshelfern zu vertheidigen [4]),

---

1) Einzelne Rechte haben diesen Grundsatz nicht in dieser allgemeinen Anwendung. so darf z B. nach dem Freiburger Recht der wegen einer Verwundung Verklagte sich nur gegen zwei Zeugen mit seinem Schwert vertheidigen. Gengler. Stadtr. 1120. §. 23. Nach dem Privileg von Lübeck kann ein jeder Lübecker seine Freiheit gegen alle Zeugen des Anklägers durch Zweikampf beweisen. Michelsen, Schleswig-Holsteinische Urkunden B I. N. XI. Freibrief König Waldemars II. v. Dänemark 1202. Aus ähnlichem Grund ist selbst derjenige, der im Besitz von Münzen, die er beschneidet, ergriffen wird, noch berechtigt. beziehungsweise verpflichtet, sich mit dem Schwert zu vertheidigen. Die acht Domen, die achte D.

2) Pertz. II. cur. Erfordia. 1290. senttia de defens. a peric. duellionis.

3) Sächs. Landr. I. 63.

4) Das Stadtrecht v. Regensburg verlangt zwölf Eideshelfer.

oder gegen die Gezeugen des Anklägers ebenfalls Gezeugen vorzubringen vermag [1]). Der Angeschuldigte hat übrigens in dem Falle eine größere Anzahl von Gezeugen vorzubringen, wo sein Gegner die Erhebung des Gerüftes mit Zeugen behauptet [2]).

Umgekehrt ist aber auch der Angeklagte nicht mehr berechtigt, mit dem Zweikampf seine Unschuld zu vertheidigen, wenn der Kläger ihn auf handhafter That, d. h. bei dem Verbrechen oder auf der Flucht [3]) ergreift, ihn als Gefangenen vor das Gericht bringt, und ihn dort mit Gezeugen des begangenen Vergehens überführt [4]). Nach manchen Statuten ist sogar die Gefangennahme auf handhafter That nicht nöthig, sondern die Erhebung des Gerüftes und der Beweis durch Schreileute reicht hin, um dem Verklagten das Recht des Zweikampfes zu entziehen [5]). Der Schwabenspiegel sagt sogar ganz allgemein, daß der Ankläger erst dann den Zweikampf zu wählen braucht, wenn er keine

---

Gengler, Freiheitsbrief v. 1230. §. 1. Diese Bestimmung gilt auch dann nach einzelnen Friesischen Rechten, wenn der Verklagte zu arm ist, um nöthigenfalls die Kampfesbuße zu entrichten. Richthofen, Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 15. Brokmer Brief §. 105.

1) Kulm. R. III. 23. 26. III. 32. 35. V. 16.

2) Kulm. R. III. 29. 32.

3) Richtsteig des Landrechts I. 49.

4) Kulm. R. III. 10. 32. Richtsteig des Landrechts I. 47 „**dat heist eyn hanthafftige dait, des eyn neit** ***versaen*** **en mach und in der flucht begriffen wirt over diese geit dye die irste pine irs lives.**“

5) Gengler, Braunschweig. Stadtr. aus d. 13. Jahrh. §. 5. „swelich man den anderen belämeth, nun wert he is verwunnen met den screi mannen na rechte, he hevet sine hant verlorn, he ne moge e wideik open weder dat gerichte, nun weder de sakewalden nun weder

Gezeugen zum Beweis seiner Klage besitzt [1]). Uebrigens gestatten selbst diejenigen Rechte, welche sonst den Zweikampf sehr beschränken, denselben dann, wenn ein Verbrechen vorliegt, das, wie der Giftmord, seiner Natur nach im Verborgenen ausgeführt zu werden pflegt, und weder durch Zeugen leicht bewiesen, noch durch sie leicht abgewiesen wird [2]).

Von eigenthümlicher Beschaffenheit sind übrigens noch diejenigen Fälle, wo Jemand behauptet, aus Nothwer einen andern getödtet oder verwundet zu haben. Der Sachsenspiegel, voll von altsächsischem Freiheitssinn, voll von altsächsischer Kampfeslust, gewährt dem Verwandten eines Getödteten selbst dann die Befugniß zum Zweikampf, wenn der Verklagte mit sieben Zeugen behauptet, aus reiner Nothwer die Tödtung vollführt zu haben [3]).

Dagegen bestimmte schon Friedrich I., daß der wegen Friedensverletzung von einem Ritter verklagte Bauer mit sechs Zeugen diese Anschuldigung abweisen kann [4]), während sonst noch im Allgemeinen dem wegen Friedensbruch Verklagten das Recht beziehungsweise die Verpflichtung zu-

---

de stat, he ne mach ime nen kamp anewinnen, mar sine bote. Vergl. auch constt. reg. Sicul. II. 33.

1) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 89. 174.

2) Canciani constt. reg Sic. II. tt. 33. Pertz. II. conv. Turic. 1054. constt. Long. de venef.

3) Sächs. Landr. I. 64.

4) Pertz. II. conv. Rat. 1156. constt. de pa. tenent. c. 9 „si miles rusticum de violata pace pulsaverit, rusticus . . . . . de duobus eligat, an divino an humano judicio innocentiam suam ostendat, aut sex testibus ydoneis, quos judex elegerit, se expurget.“

kommt, die vorgeworfene Tödtung oder schwere Verwundung durch den Zweikampf abzuweisen [1]).

Nach anderen Rechten braucht überhaupt in solchen angeblichen Nothfällen der Angeschuldigte sich auf keinen Zweikampf einzulaßen, wenn er nur mit sechs Gezeugen beweist, daß die Tödtung aus Nothwer erfolgte [2]). Nach dem Schwabenspiegel sind sogar zwei Gezeugen hinlänglich, um in einem solchen Fall den Angeklagten abzuweisen [3])

Merkwürdig ist übrigens, wie bei der Nothwer die einzelnen Rechte verfahren, wenn der Todtschläger bald nach geschehener That, ohne daß Anklage gegen ihn erhoben ist, sich freiwillig vor Gericht einstellt, und sich als Urheber der Tödtung angiebt. Der Sachsenspiegel untersagt in voller Anerkennung dieser offenen freiwilligen Erklärung den Verwandten des Getödteten den Zweikampf gegen den Todtschläger, sie müßen sich mit dem Eid des freiwillig sich Stellenden, daß er aus Nothwer tödtete [4]), und mit dem Wergeld des Erschlagenen begnügen, und der Richter erhält seine Wette [5]). Der Schwabenspiegel gestattet aber

---

1) Pertz. l. c. c. l. 2.

2) Distinkt. IV. 5. d. 2. 3. 7.

3) Schwäb. Landr. c. 194. 360.

4) Ueberhaupt war derjenige näher zum Beweis, der, wenn zwei sich verwundeten, sich zuerst freiwillig vor Gericht stellte, und die angeblich aus Nothwer begangene That angab. Böhme, dipl. Beitr. Th. VI. Schöffenurth S. 113.

5) Sächs. Landr. II. 14. 1. Vergl. auch Görlitzer Landrecht c. 39. §. 7, sowie leg. Aelf. §. 21. wo der Todtschläger, der sich freiwillig stellt und angiebt, einen Todtschlag gegen einen Dieb ausgeführt zu haben, mit seinem Beweis näher ist, als die Verwandten des Getödteten, vergl. auch Maurer S. 83. in der kritischen Ueberschau herausgeg. v. Arndts, Bluntschli B. I. H. 1. München 1853.

troß dieser freiwilligen Angabe und Uebergabe an den Richter den Verwandten des Getödteten den Zweikampf gegen den Todtschläger [1]), sobald dieser allein seine Vertheidigung führt [2]).

Ist nun einmal der Zweikampf zugelaßen, so erfolgt er unter vielen Feierlichkeiten. Ehe der Zweikampf wirklich stattfindet, unterwindet sich mit Erlaubniß des Richters der Ausforderer seines Gegners an deßen Halskragen [3]). Dieser feierliche Akt beweist dem Gegner, daß seine Gegenpartei ernstlich den Willen hat, ihn als Verbrecher darzustellen, welcher Absicht es denn auch entspricht, wenn der Ausforderer nach Angabe des kampfeswürdigen Vergehens versichert, vergeblich bei dem vorgekommenen Verbrechen das Gerüfte erhoben zu haben [4]). Der Ausforderer hat übrigens auf Verlangen seines Gegners einen Bürgen zu stellen, sowie der Herausgeforderte hinlängliches Vermögen selbst besitzen oder verbürgen muß, um als Ueberwundner Buße und Wergeld zahlen zu können [5]). Hat der letztere kein eigenes Vermögen, oder findet er keinen Bürgen, so muß er sich auf ein anderes dem Zweikampf meist nachstehendes Ordale einlaßen [6]). Die Folgen des Zweikampfs sind nun verschieden. Bei dem Zweikampf, wo der Angeklagte

---

1) Schwäb. Landr. c. 63. 360.

2) Vergl auch Dist. IV. 5. 7., die überhaupt auf die freiwillige alsbaldige Uebergabe des Todtschlägers an das Gericht keinen besonderen Nachdruck zu legen scheinen.

3) Sächs. Landr. I. 63. 1. Dist. IV. 22. 1.

4) Sächs. Landr. I. 63. I. Dist. IV. 22. 1.

5) Sächs. Landr. I. 63. 2. Dist. IV. 22. 1. Maier l. c. §. 18. Richthofen, Schulzenrecht des westerl. Frieslands §. 43. 47. 48.

6) Richthofen, Schulzenrecht des westerländischen Frieslands §. 42. Brokmer Brief §. 105. Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 15.

behauptet, aus Nothwer Jemanden getödtet oder verwundet zu haben, verliert der Besiegte die Hand [1]), in sonstigen Fällen dagegen zahlt der überwundene Ankläger Buße und Wette, der besiegte Angeklagte aber erleidet eine Leibesstrafe [2]).

2) Die übrigen Ordalien, wie die Probe mit dem glühenden Eisen, die Proben mit heißem oder kaltem Waßer, die Kreuzesprobe, haben ebenfalls wie der Zweikampf den Zweck, die Subjectivität des Einzelnen zu wahren, und dieses Fundamentalprincip des altgermanischen Beweisrechts aufrecht zu erhalten. Sie werden angewendet, wenn Jemand nicht waffenfähig, namentlich aber nicht vollkommen an Ehre, Ruf, Freiheit, an Vermögen ist [3]).

---

1) Schwäb. Landr c. 360.

2) Sächs. Landr. I. 63. § 4. II. 26. 2. Ueber die sonstigen Förmlichkeiten beim Zweikampf vergl. Maier I. c. §. 21. 22. Grimm R. A S. 927—30. Eigenthümlich ist die Sitte Friesischer Rechte, nach welcher der Angeschuldigte mehrmals wegen ein und desselben Vergehens zu kämpfen hat, so muß z. B. der wegen nächtlicher Brandstiftung Angeklagte an den vier Ecken des Hauses und am Eingang des Hauses, jedesmal mit einem andern Kämpfer streiten, der wegen Diebstals Verklagte mit drei Kämpfern fechten. Die vierundzwanzig Landr c. 24. Küren v. Humsterland §. 22. Vergl. auch Langewolder Küre §. 17. 22. Walter D. R. G. §. 626. 627.

3) Lex Wisig. VI. 1. 3. Cancian. leg. Angl. leg. Inae. c. 23. Anseg. cap. IV. c. 13 lib. VII. add. IV. c. 113. Pertz. I. cap. leg. 817. c. 1. Pertz. II. Henri. con. de venef. 1085. conv. Ratisb. 1156. const. de pac. tenen. c. 9. Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 42. 48. 192. Sächs. Landr. I. 39. Richthofen, Brokmer Gesetzbrief v. 1250. §. 105. Emsiger Pfenningsschuldbuch §. 15. Gengler, Wien. Rbf. v. 1221. §. 24. 38. Wilda, Strafr. der Ger. S. 306. Ueber die Förmlichkeiten und einzelnen Arten dieser Ordalien vergl. Grimm, Rechtsa S. 911—27 Maier l. c. §. 10—15. Walter l. c. §. 629.

Sie gewähren in den Fällen, wo die volle, ungeschmälerte Ehre oder Freiheit fehlt, einen Ersatz für das Kampfesrecht. Denn das Deutsche Recht hat in seinem tiefen Sinn für Gerechtigkeit überhaupt das Streben, die für die vollkommenen Freien gültigen Grundsätze auch auf die an Ehre oder Freiheit nicht ganz vollkommenen Freien anzuwenden, soweit solches die Schmälerung der Ehre oder Freiheit erlaubt.

Diese Ordalien haben, wie der Zweikampf, das Schicksal gehabt, vielfachen Beschränkungen unterworfen zu werden. Die Kreuzesprobe, welche hauptsächlich dann angewendet wurde, wenn z. B. ein Geistlicher sich nicht auf den Zweikampf einlaßen konnte, ward bereits in den Capitularien verboten [1]), während früher die Kirche die Anwendung dieses Ordals, namentlich bei Streitigkeiten um Sachen, begünstigt hatte [2]).

Während die Aufhebung dieses Ordals wenig Widerstand fand, so hielt dagegen das Volk desto treuer an den sonstigen bei ihm eingewurzelten Ordalien, und manche Bestimmungen, wie z. B. eine bereits im Jahre 829 verordnete Aufhebung der Waßerprobe [3]), scheiterten an den im Volk wurzelnden Ansichten über die geheimnißvolle göttliche Kraft und Wirkung der Naturelemente [4]). Ihre Anwendung fand,

---

1) Cap. V. c. 228.

2) For. Bigno. f 12. Capit. III 46. Pertz. I. Car. M. Long. 779. c. 11. divis imp. 806. c. 12. div. imp. 830. c. 10. cap. excep. 856 c 13. Vergl. auch Maier l. c. §. 11. Walter l. c. §. 629

3) Pertz. I. cap. Worm. 829 c. 12.

4) Vergl. über die Versuche der Kirche, diese Ordalien aufzuheben can. 7. caus. 2. qua. 1. §. 1. can. 20. c. 2. 9. 5. Maier l. c. § 9–15. Lappenberg, Hamburg. Urkund. N. 617. 1257. Pabst

wie die des Zweikampfs, unter vielen Feierlichkeiten und unter Hinzuziehung der Geistlichkeit statt. Bestand der Angeschuldigte die Probe nicht, so war er des Verbrechens überführt und wurde verurtheilt, bestand er sie aber, so hatte der Kläger hohe Buße und Wette zu entrichten [1]).

Alexander IV. verbietet das glühende Eisen gegen den Hamburger anzuwenden.

1) Schwäb. Landr. v. Laßb. c. 193. a. 374. II.

Berichtigungen.

S. 79 Z. 6 v. o. Gewersinhaber statt Gewerbsinhaber.
— 129 — 8 v. u. Immobilie statt Mobilie.
— 134 — 4 v. u. umwandelen statt umwandten.
— 147 — 2 v. u. ihre statt seine.
— 168 — 4 v. o. Naturalobligation statt Naturobligation.

Ueber die historische Entwickelung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts vorzugsweise des Privatrechts.

Von

Dr. Viktor Platner.

Erster Band.

Marburg.
Elwertsche Universitäts-Buchhandlung.
1852.

Platner, Victor,

Über die historische Entwicklung des Systems und des Charakters des deutschen Rechts vorzugsweise des Privatrechts

Bd.: 2

Marburg (1854)